

Kapitel 4: Beschleunigung des Infrastrukturausbaus durch die Entflechtung und regulatorische Privilegierung von Wholesale-Only-Anbietern

Der Großteil der Unternehmen auf dem deutschen Telekommunikationsmarkt ist sowohl auf dem Vorleistungs- als auch auf dem Endkundenmarkt tätig. Diese vertikale Integration bringt in der kapitalintensiven Telekommunikationsbranche entscheidende Verbundvorteile mit sich. Ökonomische Modelle kommen zu dem Ergebnis, dass auch die Tätigkeit als Wholesale-Only-Anbieter, bei der die Unternehmen auf diese Verbundvorteile verzichten, betriebswirtschaftlich sinnvoll sein und zur Beschleunigung des Glasfaserausbaus in ländlichen Bereichen beitragen kann (dazu A.). Trotzdem sind derzeit auf dem Telekommunikationsmarkt nur wenige Wholesale-Only-Anbieter präsent. Es stellt sich die Frage, inwieweit dieser Befund auf den Rechtsrahmen zurückzuführen ist und welcher Optimierungsbedarf dort besteht.

Es sind verschiedene Szenarien denkbar, in deren Folge eine Zunahme sogenannter „Wholesale-Only-Anbieter“ festzustellen wäre.⁵⁰³ Zum einen könnten vertikal integrierte Unternehmen entweder durch staatlichen Zwang (dazu B.) oder auf Basis einer freiwilligen Entscheidung entflochten werden (dazu C.). Alternativ könnten Telekommunikationsunternehmen direkt mit einem auf den Vorleistungsmarkt beschränkten Tätigkeitspektrum gegründet werden (dazu D.). Bislang sind nur rudimentäre juristische Analysen über die Realisierbarkeit solcher Modelle in die Diskussion eingeflossen, sodass nachfolgend insbesondere die rechtlichen Rahmenbedingungen für die einzelnen Szenarien herausgearbeitet werden sollen. Im Fokus der Analyse soll eine Untersuchung der Rechtsvorgaben zur Entflechtung liegen. Dabei soll der Rechtsrahmen *de lege lata* skizziert und untersucht werden, ob sich die rudimentäre Präsenz von Wholesale-Only-Anbietern auf dem deutschen Telekommunikationsmarkt auf ihn zurückführen lässt. Es soll insbesondere dargelegt werden, ob *de lege ferenda* ein Optimierungsbedarf besteht, um die Entflechtung als Instrument im Infrastrukturausbau zu nutzen. Im Anschluss daran soll untersucht werden, ob

503 Wernick/Queder/Strube Martins u.a., Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unterversorgter Gebiete, S. 32.

außerhalb der regulatorischen Entflechtungsbestimmungen Optimierungsmöglichkeiten für eine stärkere Durchmischung des Telekommunikationsmarktes mit vertikal integrierten Telekommunikationsunternehmen und Wholesale-Only-Anbietern bestehen (dazu E.).

A. Ökonomische Grundlagen der vertikalen Integration

Die juristische Bewertung der Verhältnismäßigkeit eingriffsintensiver Entflechtungsmaßnahmen verlangt ein Verständnis der Vor- und Nachteile einer vertikalen Integration, was eine Auseinandersetzung mit ihren ökonomischen Grundlagen erfordert. Komplexe Produktionsprozesse, wie beispielsweise die Erbringung von Endkundendiensten im Telekommunikationssektor, setzen mannigfaltige Einzelaktivitäten auf unterschiedlichen Wertschöpfungsstufen voraus. Eine vertikale Integration bringt in diesem Zusammenhang verschiedene Vorteile für das einzelne Unternehmen mit sich, die jedoch zugleich zu Risiken für den Wettbewerb führen. Allerdings kann auch eine Beschränkung des Tätigkeitsspektrums auf lediglich eine Wertschöpfungsstufe betriebswirtschaftlich sinnvoll sein (dazu I.). Vertikal integrierte Telekommunikationsunternehmen können auf verschiedene Weisen und in unterschiedlichen Intensitäten separiert werden. *Martin Cave* hat ein Stufenmodell entwickelt, um die Maßnahmen und ihre Auswirkungen miteinander in Verhältnis zu setzen und zu kategorisieren (dazu II.). Die Ergebnisse der ökonomischen Forschung sollen im Nachgang für die weitergehende juristische Analyse in diesem Kapitel fruchtbar gemacht werden (dazu III.).

I. Wertschöpfungsketten im Telekommunikationssektor

Auf Basis einer Analyse der Begrifflichkeiten und Zusammenhänge von Wertschöpfungsketten im Telekommunikationssektor (dazu 1.) sollen die Rahmenbedingungen untersucht werden, die eine vertikale Integration sinnvoll erscheinen lassen (dazu 2.). Zugleich soll auf ökonomische Modelle eingegangen werden, welche die Auswirkungen einer stärkeren Durchmischung des Marktes mit Wholesale-Only-Anbietern auf die Geschwindigkeit des Glasfaserausbaus zum Gegenstand haben (dazu 3.).

1. Begriffsanalyse

Das Konzept der Wertschöpfungskette ist ein allgemeiner mikroökonomischer Ansatz.⁵⁰⁴ Danach lässt sich ein Produktionsprozess in verschiedene, aufeinander folgende Aktivitäten unterteilen. Im Vorteil sind solche Unternehmen, die einen Produktionsprozess zu geringeren Kosten und in einer höheren Qualität als die Konkurrenz durchführen können.⁵⁰⁵ Je komplexer das Produkt ist, desto vielschichtiger sind die Wertschöpfungsstufen.

Der Wertschöpfungsprozess der Telekommunikationswirtschaft lässt sich in vier Stufen unterteilen, die wiederum untergliedert werden können. Hierbei handelt es sich um Tätigkeiten auf der Infrastruktur-,⁵⁰⁶ Dienst- und Vertriebsstufe. Eine weitere Wertschöpfungsstufe bildet das Management von Kunden.⁵⁰⁷

Eine allgemeinere Untergliederung, die für die nachfolgende Untersuchung maßgeblich sein soll, ist die Differenzierung zwischen Tätigkeiten auf der Vorleistungs- und auf der Diensteebene. Die Vorleistungsebene erfasst alle Tätigkeiten, die zur Erbringung von Endkundendiensten erforderlich sind. Hierbei handelt es sich insbesondere um den Aufbau, den Betrieb und die Instandhaltung von Infrastruktur. Wholesale-Only-Anbieter sind ausschließlich auf dieser Wertschöpfungsstufe tätig.⁵⁰⁸ Der Begriff leitet sich aus dem englischen Ausdruck für „Großhandel“ ab und illustriert in seiner Zusammensetzung, dass anderen Telekommunikationsunternehmen ausschließlich Vorleistungsprodukte entgeltlich zur Verfügung gestellt werden. Die Endkundenebene hingegen erfasst die Erbringung von Endkundendiensten und das hierzu gehörige Kundenmanagement.⁵⁰⁹ Un-

504 Weiterführend hierzu *Porter*, Wettbewerbsvorteile, S. 65 ff.

505 *Harnisch*, Funktionale Separierung in der Telekommunikationsindustrie, S. 13; *Tenbrock*, Der Glasfaserausbau in Deutschland, S. 11.

506 Mit Vorschlägen für eine weitere Subdifferenzierung im Tätigkeitsbereich Infrastruktur *Tenbrock*, Der Glasfaserausbau in Deutschland, S. 13; *Kühling*, Sektor-spezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 69.

507 In der ökonomischen Literatur existieren umfassende Abhandlungen zur Abgrenzung der verschiedenen Wertschöpfungsstufen, siehe hierzu im Überblick *Harnisch*, Funktionale Separierung in der Telekommunikationsindustrie, S. 14; *Tenbrock*, Der Glasfaserausbau in Deutschland, S. 13.

508 *Wernick/Queder/Strube Martins u.a.*, Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unterversorgter Gebiete, S. 32.

509 Mit schematischem Überblick *Schreiber*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, § 40, Rn. 20; detaillierter *Harnisch*, Funktionale Separierung als strategisches Regulierungsinstrument auf dem europäischen Telekommuni-

ternehmen, die ihre Tätigkeit auf diese Wertschöpfungsstufe begrenzen, werden auch als Wholebuy-Anbieter bezeichnet. Der Begriff hat seinen Ursprung ebenfalls im dargestellten englischen Vokabular und illustriert, dass die betreffenden Unternehmen alle notwendigen Produkte im Vorleistungsbereich auf Großhandelsebene einkaufen. Sobald ein Unternehmen Tätigkeiten auf beiden zentralen Wertschöpfungsstufen erbringt, wird es als vertikal integriert bezeichnet.⁵¹⁰

2. Vertikale Integration im Telekommunikationssektor

Auch wenn die vertikale Integration durch die Rahmenbedingungen für eine Telekommunikationstätigkeit begünstigt (dazu a.), entstehen durch sie wettbewerbliche Risiken, denen mit regulatorischen Maßnahmen begegnet werden muss (dazu b.).

a) Betriebswirtschaftliche Vorteile einer vertikalen Integration

Die Rahmenbedingungen einer Tätigkeit im Telekommunikationssektor erhöhen aus betriebswirtschaftlicher Sicht die Attraktivität einer vertikalen Integration.⁵¹¹ Die ökonomische Literatur geht davon aus, dass eine vertikale Integration vor allen Dingen in Branchen mit hohem Innovationsdruck vorteilhaft sein kann, um die betriebswirtschaftlichen Risiken der Investitionen zu minimieren.⁵¹² Diese resultieren insbesondere aus den ohnehin schon hohen Kosten für den Infrastrukturausbau, zu denen etwa die Materialkosten für die leitungsgebundene Infrastruktur gehören. Diese

kationsmarkt, S. 6, der dort in Abbildung 2 die Wertschöpfungsstufen und vertikale Desintegrationsmöglichkeiten darstellt.

510 Harnisch, Funktionale Separierung in der Telekommunikationsindustrie, S. 16 f.; Neumann/Koch, Telekommunikationsrecht, S. 38.

511 Allgemein zu Branchenspezifika, die eine vertikale Integration sinnvoll erscheinen lassen, Picot/Franck, in: Hauschildt/Grün (Hrsg.), Festschrift für Eberhard Witte, S. 181, 182 ff.; Haucap/Heimeshoff/Uhde, in: Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft (Hrsg.), Auswirkungen der Globalisierung auf die öffentlichen Banken, S. 27 ff. Konkret in Bezug auf den Telekommunikationssektor Crandall/Eisenach/Litan, Federal Communications Law Journal 2010, S. 493, 502 ff.

512 Crandall/Eisenach/Litan, Federal Communications Law Journal 2010, S. 493, 496; zu den Folgen für den Markteintritt Neumann/Koch, Telekommunikationsrecht, S. 38.

werden durch die sogenannten „sunk costs“ weiter angehoben.⁵¹³ Hierunter sind etwa Planungs- und Tiefbaukosten zu verstehen, die im Rahmen des Infrastrukturausbaus anfallen und auch bei einem Ausstieg aus dem Markt nicht wieder liquidiert werden können. Dies erhöht das Risikoprofil von Investitionen nachhaltig und zwingt zu langfristigen Planungen.

Telekommunikationsinfrastruktur ist jedoch erforderlich, um Endkundendienste anbieten zu können. Hinter der vertikalen Integration steht aus betriebswirtschaftlicher Sicht vereinfacht folgendes Kalkül: Wird die Infrastruktur im eigenen Unternehmen vorgehalten, können die Vorleistungsprodukte regelmäßig kostengünstig genutzt und damit der Wertschöpfungsprozess preiswert abgebildet werden. In realen Ausbauszenarien besteht natürlich die Möglichkeit, dass Dritte effizienter wirtschaften und aus diesem Grund auch die Infrastruktur preiswerter zur Verfügung stellen können. Werden möglichst viele Einzelprozesse, die für das Endprodukt erforderlich sind, im selben Unternehmen erbracht, entstehen hierdurch Verbundvorteile, die in der Ökonomie als „economies of scope“ bezeichnet werden.⁵¹⁴ Alternativ können Vorleistungsprodukte anderer Unternehmen genutzt werden.

Der Zugang zu den Infrastrukturen anderer Unternehmen wird entweder im Markt frei vereinbart oder über die Zugangsregulierung gewährleistet. Die Entgeltregulierung soll prohibitive Zugangsentgelte vermeiden. Sie schafft Anreize für den Aufbau einer eigenen Infrastruktur durch Unternehmen. Je höher der Anteil eigener Infrastruktur ist, auf die zum Erreichen des Endkunden zurückgegriffen werden kann, desto geringer fallen die zu zahlenden Entgelte aus. Die hieraus resultierenden Anreize zur Schaffung einer eigenen Infrastruktur werden als „ladder of investment“ bezeichnet.⁵¹⁵ Dieser Ansatz führt die Grundmaxime des Gesetzgebers konsequent weiter, wonach der Infrastrukturwettbewerb die Basis für einen funktionsfähigen Dienstewettbewerb darstellt (Kapitel 3, C. III. 3.). In der Theorie folgt aus der „ladder of investment“ das Bestreben der Diensteanbieter, möglichst umfassend auf eigene Infrastruktur zurückzugreifen, um die Zugangsentgelte zu reduzieren. Hierdurch soll der Infra-

513 *Kühling/Schall/Biendl*, Telekommunikationsrecht, Rn. 91.

514 *Knieps*, Netzökonomie, S. 5; *Kühling/Schall/Biendl*, Telekommunikationsrecht, Rn. 86.

515 Grundlegend hierzu *Cave*, Telecommunications Policy 30 (2006), S. 223 ff.; *Kühling/Schall/Biendl*, Telekommunikationsrecht, Rn. 311.

strukturwettbewerb gefördert werden.⁵¹⁶ In der Ausbaurealität spiegelt sich dies jedoch nur eingeschränkt wider.⁵¹⁷

Im Ergebnis ist also eine vertikale Integration im Telekommunikationssektor für Unternehmen insbesondere wegen der Verbundvorteile betriebswirtschaftlich sinnvoll.

b) Gefahren für den Wettbewerb und regulatorische Handlungsoptionen

Die vertikale Integration birgt jedoch – in Gestalt eines erhöhten Diskriminierungspotentials – Risiken für den Wettbewerb im Telekommunikationssektor.⁵¹⁸ Auf der Diensteebene besteht Wettbewerb zwischen verschiedenen Anbietern. Auf der Infrastrukturebene ist dies jedoch insbesondere im Bereich der Festnetzversorgung von Endkunden anders.⁵¹⁹ Um dem Endkunden Dienste an einem festen Standort anbieten zu können, ist ein Zugang zu seiner Teilnehmeranschlussleitung erforderlich. Diese Zugänge stehen nur in einem begrenzten Umfang zur Verfügung, da nicht jeder Diensteanbieter ökonomisch sinnvoll parallele Infrastrukturen verlegen kann, um den einzelnen Endkunden zu erreichen.⁵²⁰ Es handelt sich um ein „natürliches Monopol“, das Gegenstand der Zugangsregulierung ist.⁵²¹ Aufgrund der vertikalen Integration sind die betreffenden Telekommunikationsunternehmen zugleich auf den zuvor beschriebenen wettbewerblich und monopolistisch geprägten Wertschöpfungsstufen tätig.⁵²² Hieraus erwächst ein vielschichtiges Missbrauchsrisiko, das sich in der Gefahr der Privilegierung des eigenen und der Diskriminierung anderer Unternehmen manifestiert.

Das Telekommunikationsrecht bietet verschiedene Möglichkeiten, um diesen Gefahren zu begegnen. Zuvorderst dienen hierzu seine ausdifferen-

516 Statt vieler *Cave*, Telecommunications Policy 30 (2006), S. 223, 236.

517 So bereits *Kirchner*, MMR 2013, S. 22, 24; differenzierend *Bacache/Bourreau/Gaudin*, Review of Industrial Organization 44 (2014), S. 179, 186 ff.; kritisch *Bourreau/Dogan/Manant*, Telecommunications Policy 34 (2010), S. 683 ff.

518 Zu den Gründen für eine vertikale Desintegration im Überblick statt vieler *Webb*, *Breaking Up is Hard to Do*, S. 4 f.

519 *Neumann/Koch*, Telekommunikationsrecht, S. 39 f.

520 Insoweit wird in der ökonomischen Theorie auch von einer Subadditivität der Kostenfunktion gesprochen, *Müller/Growitsch/Wissner*, Regulierung und Investitionsanreize in der ökonomischen Theorie, S. 1.

521 *Kübling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 37.

522 *Cave/Doyle*, Network separation and investment incentives in telecommunication, S. 3, sowie S. 7 zu den verschiedenen Separierungsmöglichkeiten.

zierten Regulierungsverpflichtungen.⁵²³ So dürfen etwa für die Gewährung des Zuganges zur Teilnehmeranschlussleitung Entgelte verlangt werden. Mithilfe der Entgeltregulierung wird verhindert, dass diese prohibitiv wirken.⁵²⁴ Die Quersubventionierung wettbewerblich geprägter durch monopolistisch geprägte Bereiche wird insbesondere durch Transparenzpflichten verhindert.⁵²⁵ Als ultima ratio steht die Verpflichtung zur funktionellen Entflechtung zur Verfügung, auf die noch intensiver eingegangen werden soll (B. I.). Die Vorgabe zur Entflechtung durch eine entsprechende regulatorische Verpflichtung ist in ihrer jetzigen Zweckrichtung ausschließlich auf den Wettbewerbsschutz ausgerichtet und soll hierzu die negativen Folgen einer vertikalen Integration eindämmen (hierzu vertieft B. I. 1.). Gleiches gilt für die Möglichkeit der freiwilligen Entflechtung (C. III.) und die regulatorische Privilegierung von Wholesale-Only-Anbietern (D. II.), die in einem einheitlichen systematischen Zusammenhang geregelt werden.

3. Wholesale-Only als betriebswirtschaftlich sinnvolles Geschäftsmodell und Beschleunigungsansatz für den Infrastrukturausbau?

Verschiedene Studien über die Anreize zur Beschleunigung des Glasfaserausbaus in der Fläche haben ökonomische Modelluntersuchungen durchgeführt, um nachzuweisen, dass auch eine Tätigkeit als Wholesale-Only-Anbieter betriebswirtschaftlich sinnvoll sein könne und zumindest mittelbar zu einer Beschleunigung des Glasfaserausbau beitrage.⁵²⁶ Während Ersteres schon allein durch die Präsenz verschiedener Wholesale-Only-Anbieter auf dem Markt deutlich wird (D. I.), ist Letzteres Gegenstand von Modelluntersuchungen.

In einer spezifisch auf Deutschland ausgerichteten Studie wurden die Haushalte in 20 Kostenklassen zu je zwei Millionen Haushalten eingeord-

523 *Kübling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 202 ff.

524 *Kübling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 83 ff.

525 *Kübling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 86.

526 *Felten/Langer*, Structurally indepent broadband infrastructure can solve perceived FTTH coverage issues, S. 10 ff.; *Sörries*, N&R 2020, S. 161 ff.; *Wernick/Queder/Strube Martins u.a.*, Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unterversorgter Gebiete, S. 36 ff.; *Wernick/Queder/Strube Martins u.a.*, Gigabitnetze für Deutschland, S. 104 ff.

net.⁵²⁷ Die verschiedenen Kostenklassen wurden anhand der Besiedelungsdichte voneinander abgegrenzt. Hierbei wurde die Annahme zugrunde gelegt, dass die Erschließungskosten dynamisch bei sinkender Besiedelungsdichte ansteigen würden.⁵²⁸ In der Folge wurden die durchschnittlichen Erschließungskosten für die jeweiligen Gebiete ermittelt und für die Berechnung der Amortisationszeiträume für Infrastrukturausbauvorhaben in den Gebieten zugrunde gelegt.⁵²⁹ Es handelt sich um eine sogenannte „Greenfield-Untersuchung“, die komplexe Marktzusammenhänge stark vereinfacht und unter laborähnlichen Bedingungen darstellt, indem sie für ein bestimmtes Gebiet von idealisierten Ausbaubedingungen ohne Vorsteuerung durch die tatsächlichen Gegebenheiten ausgeht. Der Name der Untersuchungsmethode leitet sich davon ab, dass der zu beobachtende Ausbau im Modell auf einer „grünen Wiese“ beginnt. In dieser stark vereinfachten Ausgangssituation seien verschiedene positive Effekte zu beobachten, die dazu beitragen, dass für Wholesale-Only-Anbieter mit kürzeren Zeiträumen für die Amortisation von Investitionen in Infrastrukturausbauvorhaben in allen im Modell beobachteten Kostenklassen zu rechnen sei.⁵³⁰ Investitionen in ländlichen Regionen seien in der Folge schneller profitabel als für vertikal integrierte Unternehmen.⁵³¹ Zudem sei ein geringerer Förderbedarf zu erwarten.⁵³² Dies könne im Ergebnis zu einer Beschleunigung des Glasfaserausbaus in der Fläche beitragen.⁵³³

527 Mit einer vergleichbaren Modellrechnung, *Sörries*, N&R 2020, S. 161, 165, Tabelle 1.

528 *Wernick/Queder/Strube Martins u.a.*, Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unterversorgter Gebiete, S. 36.

529 *Wernick/Queder/Strube Martins u.a.*, Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unterversorgter Gebiete, S. 36.

530 Dies wird insbesondere in der Abbildung 4–1 deutlich bei *Wernick/Queder/Strube Martins u.a.*, Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unterversorgter Gebiete, S. 38.

531 Dies wird insbesondere in der Abbildung 4–2 deutlich bei *Wernick/Queder/Strube Martins u.a.*, Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unterversorgter Gebiete, S. 40.

532 *Sörries*, N&R 2020, S. 161, 166.

533 *Felten/Langer*, Structurally independent broadband infrastructure can solve perceived FTTH coverage issues, S. 15 f.; *Sörries*, N&R 2020, S. 161, 166; *Wernick/Queder/Strube Martins u.a.*, Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unterversorgter Gebiete, S. 41 f.

Das Ergebnis dieser Studie ist mit der gebotenen Zurückhaltung zu betrachten, die sich aus ihrer Konstruktion als „Greenfield-Modell“ ergibt.⁵³⁴ Sowohl die realen Ausbaugebiete als auch die Entscheidungsfindungsprozesse der Unternehmen sind deutlich komplexer, als die Studie dies vermuten lässt. Demnach würden sich die Auswirkungen einer größeren Präsenz von Wholesale-Only-Anbietern in realen Ausbauszenarien vermutlich nicht derart evident zeigen, wie es die Modellierung auf den ersten Blick suggeriert. Die tatsächlichen Auswirkungen, auch im Vergleich mit anderen Maßnahmen zur Beschleunigung des Infrastrukturausbaus, müssten in einer ökonomischen Analyse vertieft betrachtet werden, die hier nicht durchgeführt werden kann (hierzu auch B. I. 2. c.). Der Handlungsansatz hat jedoch keinen Einfluss auf eines der Grundprobleme des Infrastrukturausbaus auf dem Land. Dies liegt darin begründet, dass durch die geringere Siedlungsdichte im Vergleich zum urbanen Umfeld höhere Investitionskosten entstehen, die nur mithilfe weniger anschließbarer Kunden amortisiert werden können.⁵³⁵ Der zu untersuchende Handlungsansatz knüpft mithin nur an einer kleinen Stellschraube an, welche die weiteren Probleme des Infrastrukturausbaus im ländlichen Bereich nicht tangiert. Dennoch können auch von der Optimierung des Rechtsrahmens in Detailspekten im Zusammenspiel mit anderen Handlungsoptionen positive Effekte für den Breitbandausbau entstehen. Wie sichtbar diese Effekte in realen Ausbauszenarien ausfallen würden, müsste jedoch in weiterführenden ökonomischen Untersuchungen dargelegt werden. Aus juristischer Sicht stellt sich die Frage, ob der Rechtsrahmen überhaupt so angepasst werden *könnte*, dass eine erhöhte Präsenz von Wholesale-Only-Anbietern am Markt auf diesem Wege erreichbar wäre.

4. Zwischenergebnis und Schlussfolgerungen

Der Wertschöpfungsprozess des Telekommunikationssektors lässt sich insbesondere in die Vorleistungs- und die Endkundenebene gliedern. Unter-

534 Dies geben auch die Verfasser der Studie, der das Modell zugrunde liegt, zu bedenken, nämlich *Wernick/Queder/Strube Martins u.a.*, Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unterversorgter Gebiete, S. 36; ebenso *Felten/Langer*, Structurally independent broadband infrastructure can solve perceived FTTH coverage issues, S. 19.

535 Zu den einzelnen Kostenfaktoren *Wernick*, Ökonomie und Kostenstrukturen des Glasfaserausbaus, S. 5; *Wernick/Gries/Bender u.a.*, Regionale TK-Akteure im globalen Wettbewerb, S. 15 f.

nehmen, die auf beiden Stufen tätig sind, werden als vertikal integriert bezeichnet. Unternehmen, die ausschließlich auf Vorleistungsebene tätig sind, werden Wholesale-Only-Anbieter genannt. Betriebswirtschaftlich kann eine vertikale Integration durch die entstehenden Verbundvorteile innerhalb des Unternehmens sinnvoll sein. Zusätzlich bietet die Entgeltregulierung durch gestaffelte Zugangsentgelte weitere Anreize, eigene Infrastruktur aufzubauen. Mithilfe ökonomischer Modelle lässt sich nachweisen, dass auch die Tätigkeit als Wholesale-Only-Anbieter betriebswirtschaftlich sinnvoll sein kann. Sie illustrieren darüber hinaus, dass die Zeiträume, in denen Investitionen von Wholesale-Only-Anbietern in Infrastruktur amortisiert werden können, unter optimierten Bedingungen kürzer sein können als bei gleichartigen Investitionen vertikal integrierter Telekommunikationsunternehmen. Zudem können unter bestimmten Bedingungen auch in Regionen mit höheren Erschließungskosten Ausbauprojekten von Wholesale-Only-Anbietern schneller profitabel sein. Hieraus wird geschlussfolgert, dass bei mehr Wholesale-Only-Anbietern auf dem Telekommunikationsmarkt mit einem beschleunigten Infrastrukturausbau in der Fläche zu rechnen sei. Diese Schlussfolgerung der Modelluntersuchung ist jedoch nur eingeschränkt aussagekräftig, da sie die komplexen Zusammenhänge der Ausbaurealität stark vereinfacht. Das Modell geht von verschiedenen Prämissen und Verhaltensweisen von Unternehmen aus, die im Markt in der Regel kumuliert auftreten. Tatsächliche Aussagen über die Auswirkungen des Handlungsansatzes in realen Ausbauszenarien lassen sich auf Basis der vorliegenden ökonomischen Modellierungen nur eingeschränkt treffen. Deswegen sind weiterführende ökonomische Analysen erforderlich, um die Effektivität des Handlungsansatzes im Zusammenspiel mit anderen Handlungsoptionen zu untersuchen.

II. Stufenlehre zur Kategorisierung von Entflechtungsmaßnahmen

Trotz der dargestellten betriebswirtschaftlichen Tragfähigkeit des Geschäftsmodells als Wholesale-Only-Anbieter sind nur vereinzelte Unternehmen mit dieser Ausrichtung in Deutschland aktiv. Eine größere Durchmischung des Marktes könnte durch Entflechtung bereits existierender vertikal integrierter Telekommunikationsunternehmen oder die Gründung neuer Wholesale-Only-Anbieter erreicht werden.⁵³⁶

536 *Wernick/Queder/Strube Martins u.a.*, Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unterverteilter Gebiete, S. 32.

Damit eine sinnvolle Auseinandersetzung mit den hiermit zusammenhängenden Fragestellungen möglich ist, müssen die Entflechtungsmöglichkeiten systematisiert werden. Die Anknüpfungspunkte und Ausgestaltungsmöglichkeiten für die Separierung vertikal integrierter Telekommunikationsunternehmen sind mannigfaltig. In der juristischen Diskussion werden sie zumeist anhand des Ansatzpunktes der Entflechtung dargestellt.⁵³⁷ So wird etwa zwischen einer organisatorischen, eigentumsrechtlichen oder buchhalterischen Entflechtung differenziert. In der ökonomischen Literatur werden sie anhand der Intensität der Entflechtung kategorisiert, in welche die Ansatzpunkte der Entflechtung integriert werden. Die Kategorisierung basiert auf verschiedenen Publikationen des Ökonomen *Martin Cave* zu einem Stufensystem der Entflechtungsmöglichkeiten (dazu 1.).⁵³⁸ Für die folgende Diskussion kommt es nicht so sehr auf den Ansatzpunkt der Entflechtung, sondern vielmehr auf die Eingriffsintensität der Maßnahme an, sodass anhand des ökonomischen Stufenmodells untersucht werden soll, welcher Separierungsgrad erforderlich ist, um einen Wholesale-Only-Anbieter entstehen zu lassen (dazu 2.). Aus diesem Grund wird die Systematik nicht anhand der juristischen, sondern der ökonomischen Literatur diskutiert, in welche die juristischen Anknüpfungspunkte integriert werden.

1. Struktur des Stufensystems

Die Zuordnung einer Separierungsmaßnahme zu den einzelnen Stufen richtet sich nach der Eingriffsintensität der Maßnahme und ihrer potentiellen Wirksamkeit zur Beseitigung von Diskriminierungsanreizen. Dies lässt sich darauf zurückführen, dass die Entflechtung zumeist als Maßnahme zur Reduktion der Diskriminierung aufgrund der Tätigkeit eines Tele-

537 Vgl. hierzu statt vieler *Kübling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 337 ff.

538 *Cave*, *Communications & Strategies* 64 (2006), S. 89 ff.; hierauf Bezug nehmend *Crandall/Eisenach/Litan*, *Federal Communications Law Journal* 2010, S. 493, 500 f.; *Harnisch*, Funktionale Separierung als strategisches Regulierungsinstrument auf dem europäischen Telekommunikationsmarkt, S. 4; vgl. zudem die tabellarische Darstellung in BEREC, BoR (10) 44 Rev1, S. 5 f.; *Cave/Doyle*, Network separation and investment incentives in telecommunications, S. 9; vgl. aber auch die Unterteilung in lediglich drei Kategorien von *Olsen/Henten/Falch*, Functional separation in telecommunications, S. 4; auf Basis von *Cremer/de Donder/Cremer*, *Communications & Strategies* 68 (2008), S. 41, 50 ff.

kommunikationsunternehmens auf verschiedenen Wertschöpfungsstufen verstanden wird.⁵³⁹ Je intensiver die integrierte Organisationsstruktur aufgelöst wird, desto wahrscheinlicher werden die Anreize zur Diskriminierung beseitigt.⁵⁴⁰

In dieser Struktur ist die buchhalterische Entflechtung als „Grad 0“ der Separierung zu klassifizieren. Dabei werden die Umsätze für die Tätigkeit im Vorleistungs- und Endkundenbereich auf separaten buchhalterischen Konten erfasst.⁵⁴¹ Diese Maßnahme soll Transparenz sicherstellen, um prohibitive Preise erkennen und entsprechende Maßnahmen ergreifen zu können. Sie steht damit in einem engen Konnex zur Diskriminierung aufgrund von Zugangsentgelten, kann aber nicht effektiv zur Prävention von Diskriminierung abseits der Diskriminierung mit Entgelten genutzt werden.⁵⁴² Oftmals können aber auch Maßnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierung aufgrund prohibitiver Preise oder mithilfe anderer Regulierungsmaßnahmen parallel angewandt werden.⁵⁴³

Als „Grad 1“ wird sodann die Gründung einer Abteilung bezeichnet, die ausschließlich für die Geschäfte des Unternehmens auf Vorleistungsebene zuständig ist.⁵⁴⁴ Die Abteilung kann auch für andere Unternehmen tätig werden. Die unternehmenseigene Dienstabteilung erhält jedoch weiterhin priorisierten Infrastrukturzugang.⁵⁴⁵

Hiervon ist die Separierung nach „Grad 2“ zu unterscheiden, in der die Geschäftsbereiche zwar faktisch in dem Unternehmen bleiben, aber virtuell voneinander getrennt werden.⁵⁴⁶ Es handelt sich um die erste Trennungsform, in der den Anbietern von Endkundendiensten aus dem eige-

539 So etwa *Crandall/Eisenach/Litan*, *Federal Communications Law Journal* 2010, S. 493, 495; zu den Diskriminierungspotentialen äußern sich *Abegg/Brinkmann/Brunekreeft u.a.*, *Entflechtung in Netzsektoren*, S. 5 ff.

540 Das BEREK stellt die Maßnahmen in einem Koordinatensystem dar, das den Schutz vor Diskriminierung und den Eingriff in die Organisationsstruktur des Telekommunikationsunternehmens in Bezug setzt, siehe BEREK, BoR (10) 44 Rev1, S. 7, Darstellung 1.

541 Hierzu ausführlich *Cave*, *Communications & Strategies* 64 (2006), S. 89, 94.

542 *Cave*, *Communications & Strategies* 64 (2006), S. 89, 91; hierauf Bezug nehmend BEREK, BoR (10) 44 Rev1, S. 6.

543 *Cave*, *Communications & Strategies* 64 (2006), S. 89, 92.

544 *Cave*, *Communications & Strategies* 64 (2006), S. 89, 94, der davon ausgeht, dass ein solches Vorgehen bei den meisten marktmächtigen Telekommunikationsunternehmen im europäischen Telekommunikationsmarkt zu beobachten ist.

545 Zur Stufung innerhalb dieses Separierungsgrades und zu Beispielen *Cave*, *Communications & Strategies* 64 (2006), S. 89, 95.

546 Hierzu im Überblick *Webb*, *Breaking Up is Hard to Do*, S. 8 f.

nen und aus fremden Unternehmen tatsächlich ein gleichwertiger Zugang auf der Vorleistungsebene gewährt wird.⁵⁴⁷

Die funktionelle Trennung wird als Entflechtung nach „Grad 3“ eingeordnet.⁵⁴⁸ Im Unterschied zum zweiten Grad wird das Unternehmen nicht nur virtuell, sondern faktisch und physisch in unterschiedliche Wirtschaftsbereiche getrennt, die sich eigenständig mit der Tätigkeit im Vorleistungs- bzw. im Endkundenbereich beschäftigen.⁵⁴⁹ Regelmäßig werden auch selbständige Marken und ein autonomes Marketing für die unterschiedlichen Geschäftsbereiche entwickelt.

Der „Grad 4“ in der Skala der Separierungsmöglichkeiten stellt eine Intensivierung des dritten Grades dadurch dar, dass neben der Gründung eines eigenständigen Geschäftsbereiches auch eine Trennung auf Ebene der Leitung und Steuerung stattfindet.⁵⁵⁰

In „Grad 5“ werden die Geschäftsbereiche nicht mehr lediglich innerhalb desselben Unternehmens getrennt, sondern erhalten separate Rechtspersönlichkeiten.⁵⁵¹

Die höchste Intensität ist bei einer Separierung des „Grades 6“ festzustellen, in der das Eigentum entflochten wird.⁵⁵² In diesem Fall verfügen das Unternehmen, das auf Vorleistungsebene tätig ist, und das Unternehmen, das auf Endkundenebene tätig wird, über verschiedene Eigentümer. In der Folge wird die Diskriminierung mit dem graduell stärksten Eingriff am effektivsten verhindert, da das zuvor vertikal integrierte Unternehmen vollständig separiert wird und nicht mehr zu einem Konzern gehört.⁵⁵³ Hierdurch entfällt jeglicher Diskriminierungsanreiz.

Die Klassifizierung orientiert sich ausschließlich an der Wirksamkeit für die Vermeidung von Zugangs- und Entgeltdiskriminierungen, während die Auswirkungen auf die Beschleunigung des Infrastrukturausbaus keine Berücksichtigung finden.

547 *Cave*, Communications & Strategies 64 (2006), S. 89, 95.

548 *Cave*, Communications & Strategies 64 (2006), S. 89, 95 f.

549 Zur konkreten Ausgestaltung der Organisation der funktionellen Trennung im Unternehmen *Cave*, Communications & Strategies 64 (2006), S. 89, 96.

550 *Cave*, Communications & Strategies 64 (2006), S. 89, 96 f.

551 *Cave*, Communications & Strategies 64 (2006), S. 89, 97.

552 *Cave*, Communications & Strategies 64 (2006), S. 89, 97.

553 Zu den Vor- und Nachteilen der einzelnen Separierungsmöglichkeiten mit umfassender Auswertung der Literatur und dem Rückgriff auf Praxisbeispiele, *Cave/Doyle*, Network separation and investment incentives in telecommunications, S. 11 ff.

2. Wholesale-Only-Anbieter im Stufensystem

Die Klassifikation eines Unternehmens als Wholesale-Only-Anbieter setzt voraus, dass dessen Tätigkeit von einer Tätigkeit auf dem Endkundenmarkt ausreichend separiert ist. Denklogisch ist dies am ehesten bei einer Separierung nach dem „Grad 6“ der Stufenlehre, also bei einer eigentumsrechtlichen Entflechtung, der Fall. Diese ökonomische Betrachtung lässt sich auch mit juristischen Argumenten stützen. Der unionale Gesetzgeber knüpft die Annahme, dass ein Unternehmen ausschließlich auf der Vorleistungsebene tätig ist, in Art. 80 EKEK an strenge Voraussetzungen. So ist hierfür erforderlich, dass keine exklusiven wirtschaftlichen Beziehungen zu anderen Unternehmen bestehen, die Endkundendienste erbringen (hierzu ausführlich D. II.). Dies lässt sich darauf zurückführen, dass die Rechtsfolge der Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 80 Abs. 1 EKEK eine Regulierungsprivilegierung ist, die an das reduzierte Diskriminierungspotential anknüpft, das nur bei einer umfassenden Entflechtung gegeben ist.

Denkbar wäre aber auch die Entstehung eines Wholesale-Only-Anbieters mithilfe einer Entflechtung nach „Grad 5“, sofern eine ausreichende Unabhängigkeit zwischen den Tätigkeiten auf den beiden Wertschöpfungsstufen gewährleistet ist. Solche Unternehmen könnten jedoch unter Umständen, mangels Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 80 Abs. 1 EKEK, nicht von dessen regulatorischer Privilegierung profitieren. Als Ausgestaltungsbeispiel kann insoweit das Energierecht angeführt werden. Dort wurde neben der Option der eigentumsrechtlichen Entflechtung gemäß § 8 EnWG auch die Ausgestaltungsmöglichkeit des „Unabhängigen Systembetreibers“ im Sinne des § 9 EnWG oder des „Unabhängigen Transportnetzbetreibers“ im Sinne des § 10 EnWG geschaffen, die vergleichbar effektiv das Diskriminierungspotential reduzieren.⁵⁵⁴ Das Telekommunikationsrecht sieht entsprechende Ausgestaltungsoptionen derzeit jedoch nicht vor (B. I.). Eine Separierung nach „Grad 4“, also eine organisatorische und personelle Entflechtung reicht hingegen nicht aus, um ein Unternehmen als Wholesale-Only-Anbieter zu klassifizieren. Insoweit sind beide Geschäftsbereiche zu eng verknüpft. Dies gilt auch für geringere Entflechtungsstufen.

554 *Kühling/Rasbach/Busch*, Energierecht, Kap.5, Rn. 96 ff.; *Rasbach*, Unbundling-Regulierung in der Energiewirtschaft, S. 179 ff.

III. Schlussfolgerungen für die juristische Analyse

Die zentralen Wertschöpfungsstufen im Telekommunikationssektor sind die Vorleistungs- und die Endkundenebene. Während sich Wholesale-Only- und Wholebuy-Anbieter auf eine der beiden Stufen beschränken, sind vertikal integrierte Telekommunikationsunternehmen auf beiden Ebenen tätig. Die vertikale Integration ist in dem von hohen initialen und langfristigen gebundenen Investitionskosten geprägten Telekommunikationssektor betriebswirtschaftlich vorteilhaft. Auch die Beschränkung des Tätigkeitsbereiches auf den Vorleistungssektor kann betriebswirtschaftlich sinnvoll sein. Aus Modelluntersuchungen hierzu lässt sich ableiten, dass ein beschränkter Tätigkeitsbereich auch positive Auswirkungen auf die Geschwindigkeit des Gigabitausbaus haben könnte. Ob sich die theoretischen Erkenntnisse des Modells auch in der angenommenen Deutlichkeit in der Realität widerspiegeln würden, ist jedoch fraglich. Die Anzahl der Wholesale-Only-Anbieter auf dem deutschen Telekommunikationsmarkt ist gering. Optionen, um sie zu steigern, sollen nachfolgend näher beleuchtet werden. Das Entflechtungsregime ist derzeit auf die Förderung des Wettbewerbs ausgerichtet und müsste für den Zweck der Beschleunigung des Infrastrukturausbaus modifiziert werden. In der folgenden juristischen Analyse soll die Frage im Vordergrund stehen, ob die regulatorischen Vorgaben zur Entflechtung die Tätigkeit als Wholesale-Only-Anbieter erschweren, inwieweit sie zur Beschleunigung des Infrastrukturausbaus bereits genutzt werden können und welche Optimierungen in dieser Hinsicht erforderlich wären.

B. Entstehung von Wholesale-Only-Anbietern durch eine staatlich indizierte funktionelle Trennung

Als eine der Möglichkeiten zur vermehrten Entstehung von Wholesale-Only-Anbietern beizutragen, wird die Entflechtung vertikal integrierter Telekommunikationsunternehmen durch staatlichen Zwang angeführt.⁵⁵⁵ Das unionale und nationale Telekommunikationsrecht sehen normative Grundlagen zum Erlass von Regulierungsverfügungen vor, durch die vertikal integrierte Telekommunikationsunternehmen dazu verpflichtet werden können, sich funktionell zu trennen (dazu I.). Das Kartellrecht kennt

555 *Wernick/Queder/Strube Martins u.a.*, Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unterversorgter Gebiete, S. 32.

Befugnisse, mit deren Hilfe strukturelle Abhilfemaßnahmen bei wettbewerbswidrigem Verhalten auferlegt werden können (dazu II.). Im Fokus der folgenden Analyse soll die Frage stehen, ob die Vorgaben es ermöglichen, ein Unternehmen dazu zu verpflichten, die vertikale Integration aufzulösen und zu einem Wholesale-Only-Anbieter zu werden. Darüber hinaus soll untersucht werden, ob die Vorgaben der Anpassung bedürfen und im Einzelfall angepasst werden können.

I. Normative Ausgestaltung der funktionellen Trennung im Telekommunikationsrecht

Das unionale Telekommunikationsrecht enthält in Art. 77 EKEK die normative Grundlage für nationale Vorgaben zur Anordnung einer funktionellen Trennung. Im deutschen Telekommunikationsgesetz sind die entsprechenden Regelungen in § 40 TKG (§ 31 TKG-RefE)⁵⁵⁶ enthalten. Nach einer Darlegung der aktuellen rechtlichen Steuerungsvorgaben im unionalen und nationalen Regulierungsrecht (dazu 1.) sollen ein etwaiger Anpassungsbedarf und die diesbezügliche Anpassungsmöglichkeit diskutiert werden (dazu 2.).

1. Steuerungsvorgaben des Regulierungsrechts für den Telekommunikationssektor

a) Die Grundstruktur des Art. 77 EKEK de lege lata

Klarer Fokus der unionalen regulatorischen Entflechtungsvorgaben ist der Wettbewerb. Der unionale Gesetzgeber verfolgt mit der Regulierungsmaßnahme der funktionellen Trennung das Ziel, dass alle Unternehmen Vorleistungsprodukte zu gleichwertigen Bedingungen erhalten.⁵⁵⁷ Ist dies nicht mit dem üblichen Maßnahmenportfolio sicherzustellen, kann subsidiär auf die funktionelle Trennung zurückgegriffen werden. Sie ist darauf

556 Referentenentwurf des Telekommunikationsmodernisierungsgesetzes (TK-MoG), abrufbar unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/telekommunikationsmodernisierungsgesetz-referentenentwurf-20201612.pdf?__blob=publicationFile&cv=8 (zuletzt abgerufen am 12.1.2021).

557 Erwägungsgrund 202 des EKEK.

ausgerichtet, die strukturellen Voraussetzungen und Anreize für Diskriminierungen zu verringern.⁵⁵⁸

Die Maßnahme ist in ein komplexes und gestuftes Verfahren eingebettet und gemäß Art. 77 Abs. 1 UAbs. 1 EKEK als ultima ratio konzipiert.⁵⁵⁹ Die funktionelle Trennung steht gemäß Art. 77 Abs. 1 UAbs. 1 EKEK nur dann zur Verfügung, wenn die „nach den Artikeln 69 bis 74 auferlegten angemessenen Maßnahmen nicht zu einem wirksamen Wettbewerb geführt haben.“ Es muss das gesamte Instrumentarium der Regulierungsverfügungen erfolglos angewandt worden sein, bevor ein Unternehmen dazu verpflichtet werden kann, seine Geschäftsbereiche funktionell zu trennen. Der Anwendungsbereich des Art. 77 Abs. 1 UAbs. 1 EKEK wird dadurch weiter eingeschränkt, dass „wichtige Wettbewerbsprobleme oder Marktversagen auf den Märkten für bestimmte Zugangsprodukte auf der Vorleistungsebene bestehen“ müssen. In der Zusammenschau dieser beiden Kriterien wird deutlich, dass die Vorschrift als Maßnahme mit dem schärfsten Eingriffscharakter nur dann zum Tragen kommt, wenn tatsächlich keine andere Möglichkeit besteht, mit der Diskriminierung von Wettbewerbern umzugehen. Ausbaudefizite sind in diesen Kriterien nicht aufgenommen. Zur Beschleunigung des Glasfaserausbaus kann eine funktionelle Trennung aus diesem Grund nur dann genutzt werden, wenn neben dem Ausbaudefizit zugleich eine Diskriminierung von Wettbewerbern identifiziert wird.

Sofern eine Anordnung zur Aufteilung in verschiedene Geschäftsbereiche erfolgt, müssen die Vorleistungsprodukte gemäß Art. 77 Abs. 1 UAbs. 2 EKEK allen Unternehmen zu den gleichen Konditionen zur Verfügung gestellt werden. Insoweit ist das Entflechtungsregime des Telekommunikationssektors im Vergleich zu anderen Netzwirtschaften, wie dem Energiesektor, weniger streng ausgebildet.⁵⁶⁰

Durch einen Verweis auf Art. 68 Abs. 3 UAbs. 2 EKEK wird ein Verfahrensmechanismus implementiert, der die Hürden für die Anwendung weiter erhöht. So muss die Anwendung der Maßnahme bei der Kommission beantragt werden.⁵⁶¹ Hierbei handelt es sich um ein Alleinstellungsmerkmal im Vergleich zu den übrigen Regulierungsmaßnahmen, die einen Antrag bei der Kommission nicht vorsehen. Im Wortlaut des Art. 68 Abs. 3

558 Erwägungsgrund 202 des EKEK.

559 *Kübling*, in: Ruffert (Hrsg.), Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht, § 4, Rn. 128.

560 Weiterführend *Schneider*, in: Fehling/Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, S. 365, 384.

561 *Kübling*, in: Ruffert (Hrsg.), Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht, § 4, Rn. 128.

UAbs. 2 EKEK wird der Ausnahmecharakter der Maßnahme dadurch hervorgehoben, dass ein Antrag lediglich „unter außergewöhnlichen Umständen“ gestellt werden soll. Die strengen Anforderungen an den Antrag (Art. 77 Abs. 2 EKEK) und der hohe Konkretisierungsgrad, den er aufweisen muss (Art. 77 Abs. 3 UAbs. 1 EKEK), illustrieren ebenfalls die herausgehobene Stellung der funktionellen Trennung im Rahmen der regulatorischen Maßnahmen. Es handelt sich um keine regulatorische Standardmaßnahme. Sie darf nur dann angewandt werden, wenn hinreichende positive Effekte der Trennung im Wege einer Marktanalyse sichtbar werden, die gemäß Art. 77 Abs. 3 UAbs. 2 S. 1 EKEK im Vorfeld durchzuführen ist.⁵⁶² Bei der Anwendung der Maßnahmen sollen die kollidierenden Interessen von Unternehmen und Verbrauchern Berücksichtigung finden. Sie soll nicht durchgeführt werden, wenn eine funktionelle Trennung das Verbraucherverwohl gefährden und Investitionen in Netze verhindern könnte.⁵⁶³

Ein restriktiver Einsatz der funktionellen Entflechtung ist verfassungsrechtlich unentbehrlich, da sie einen schweren Eingriff in die Struktur eines Unternehmens darstellt, der rechtfertigungsbedürftig ist und verhältnismäßig ausgestaltet werden muss.⁵⁶⁴

Der Ausnahmecharakter des Art. 77 EKEK wird somit verschiedenen Stellen der Vorgabe deutlich. Rechtsfolge der funktionellen Trennung ist jedoch lediglich die Einrichtung separater Geschäftsbereiche. Sie ist mithin in der ökonomischen Stufenlehre als Separierung nach „Grad 3“ einzuordnen (A. II. 1.). Es entstünde durch die Anwendung der Vorgabe demnach kein Wholesale-Only-Anbieter, sondern ein vertikal integriertes Telekommunikationsunternehmen mit getrennten Geschäftsbereichen.

b) Vorgaben des § 40 TKG

Die Vorschrift zur funktionellen Trennung ist in § 40 TKG umgesetzt und entspricht weitgehend den Vorgaben des Unionsrechts.⁵⁶⁵ Eine Aktualisierung der Vorschriften im Rahmen der TKG-Novelle zur Umsetzung des

562 Detailliert zur Konstruktion der Vorgabe, *Kühling*, in: Ruffert (Hrsg.), Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht, § 4, Rn. 127 f.

563 Erwägungsgrund 202 des EKEK.

564 Weiterführung zur Entflechtung und ihrer Einordnung in das Portfolio der Regulierungsmaßnahmen *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 337 ff.

565 Weiterführend zur Ausgestaltung der nationalen Vorschrift *Klement*, in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, § 40; *Mohr*, in: Säcker (Hrsg.), Te-

EKEK ist lediglich in Detailfragen erforderlich. Daher wird § 40 TKG – als § 31 TKG-RefE – nach derzeitigem Stand weitgehend unverändert fortbestehen.⁵⁶⁶ Hinsichtlich seiner konkreten Ausgestaltung kann demnach auf die Ausführungen zum Unionsrecht verwiesen werden (B. I. 1. a.). Die funktionelle Entflechtung nach § 40 TKG kann ebenfalls ausschließlich zum Schutz des Wettbewerbs eingesetzt werden. Dies bleibt im Rahmen der TKG-Novelle unverändert. Die Förderung der Konnektivität kann allenfalls eine Nebenfolge der Maßnahme sein.

2. Anpassungsbedarf und -möglichkeit des Rechtsrahmens de lege ferenda?

Aus dem Befund, dass der Rechtsrahmen aktuell keine verpflichtende Entflechtung von Unternehmen zur Beschleunigung des Glasfaserausbaus vorsieht, könnte sich ein Änderungsbedarf de lege ferenda ergeben. Die Vorgabe zur funktionellen Entflechtung wurde durch Art. 2 Nr. 10 ÄndRL 2009/140/EG zum ersten Mal in Form des Art. 13a Zugangsrichtlinie (ZRL)⁵⁶⁷ in den Rechtsrahmen eingeführt. Im EKEK wurden die Entflechtungsbestimmungen nicht erweitert. Vielmehr wurde im Vorfeld gar eine vollständige Abschaffung der Vorgaben diskutiert.⁵⁶⁸ Wie bereits im Zusammenhang mit der Entwicklung des Wegerechtes im unionalen Rechtsrahmen dargelegt, wird dieser Rechtsrahmen in regelmäßigen Zyklen überarbeitet (Kapitel 3, C. III. 2.). Perspektivisch ist zwar nicht mit einer Erweiterung der Vorgaben zu rechnen. Dennoch sollen an dieser Stelle die Anforderungen diskutiert werden, die an eine Kompetenzgrundlage zu stellen wären, die den Einsatz der Entflechtung zur Förderung der Konnektivität ermöglichen würde. Hierbei soll die Frage im Vordergrund

telekommunikationsgesetz, § 40; *Schreiber*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, § 40.

566 Referentenentwurf des Telekommunikationsmodernisierungsgesetzes (TK-MoG), abrufbar unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/telekommunikationsmodernisierungsgesetz-referentenentwurf-20201612.pdf?__blob=publicationFile&v=8 (zuletzt abgerufen am 12.1.2021).

567 Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.3.2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie), ABl. L 108 vom 24.4.2002, S. 7 i. d. F. d. Richtlinie 2009/140/EG vom 25.11.2009, ABl. L 337, S. 37.

568 BEREC, BoR (17) 88, S. 3.

stehen, ob eine solche Vorschrift überhaupt in den Rechtsrahmen integriert werden kann. Dazu müsste zunächst die Eingriffsintensität der Bestandsnorm erheblich erhöht werden, um überhaupt einen Wholesale-Only-Anbieter entstehen zu lassen (dazu a.). Aus systematischen Erwägungen wäre eine neue Kompetenzgrundlage außerhalb des Marktregulierungsverfahrens erforderlich (dazu b.). Hierbei müssten die strengen verfassungsrechtlichen Anforderungen beachtet werden, die an Vorgaben zur Entflechtung vertikal integrierter Unternehmen gestellt werden (dazu c.).

a) Erweiterung der Entflechtungsintensität der Kompetenzgrundlage

Die derzeitige Kompetenzgrundlage in Art. 77 EKEK ist lediglich darauf ausgerichtet, die funktionelle Entflechtung von Unternehmen zu legitimieren. Hierbei handelt es sich um eine Separierung nach „Grad 3“ im Sinne der ökonomischen Stufenlehre (B. I. 1. a.). Durch diese entsteht jedoch kein Wholesale-Only-Anbieter, sondern lediglich ein vertikal integriertes Unternehmen mit getrennten Geschäftsbereichen. Die Entflechtungsintensität der Kompetenznorm müsste mithin deutlich erhöht werden, um den gewünschten Effekt zu erzielen. Als Vorbild hierfür könnten die regulatorischen Vorgaben des Energierechts dienen, die eine weitergehende Entflechtung gestatten (hierzu bereits A. II. 2.). Hierbei ist jedoch zu beachten, dass diese Vorgaben ebenfalls ausschließlich darauf ausgerichtet sind, den Wettbewerb durch eine Minimierung von Diskriminierungspotentialen zu fördern. Demnach könnte ausschließlich deren Entflechtungsintensität, nicht jedoch ihre Zweckrichtung als Vorbild dienen.

b) Schaffung einer neuen Kompetenzgrundlage aufgrund systematischer und teleologischer Bedürfnisse?

Die funktionelle Entflechtung ist eine regulatorische Maßnahme, die angewandt werden kann, um Unternehmen daran zu hindern, ihre marktbeherrschende Stellung so einzusetzen, dass der Wettbewerb beeinträchtigt wird (B. I. 1.). Aus diesem Grund ist sie in das Marktregulierungsverfahren eingebunden. Eine regulatorische Verpflichtung wird in dessen Rahmen nur dann auferlegt, wenn ein Unternehmen auf einem definierten Markt über eine beherrschende Stellung verfügt. Die funktionelle Entflechtung im Besonderen ist eine Maßnahme mit herausgehobener Stellung, die nur als ultima ratio unter besonders strengen Voraussetzungen angewendet

werden kann, wenn die übrigen Maßnahmen keine Wirkung gezeigt haben (B. I. 1. a.).

Systematisch könnte eine Erweiterung der Zweckrichtung der funktionalen Entflechtung zur Förderung der Konnektivität nicht überzeugen. Vielmehr wäre die erweiterte Kompetenzgrundlage ein systematischer Fremdkörper. Es lässt sich nicht begründen, warum die Eingriffsmaßnahmen zur Konnektivitätsförderung lediglich auf Unternehmen mit einer marktbeherrschenden Stellung angewandt werden sollten. Die ökonomischen Modelluntersuchungen, die von einem positiven Effekt von der stärkeren Marktpräsenz von Wholesale-Only-Anbietern ausgehen, formulieren eine pauschale Aussage und beschränken die Effektivität der Maßnahme nicht ausschließlich auf marktmächtige Unternehmen (A. I. 3.). Es wird allgemein festgestellt, dass die vermehrte Marktpräsenz von Wholesale-Only-Anbietern positive Effekte auf die Geschwindigkeit des Infrastrukturausbaus haben könnte. Dabei ist es irrelevant, ob die entflochtenen Unternehmen marktbeherrschend sind oder nicht.

Daher müsste eine separate Kompetenzgrundlage für die Entflechtung zur Förderung der Konnektivität außerhalb des Marktregulierungsverfahrens geschaffen werden. Hierzu müsste ein ähnlich strenges Verfahren aufgebaut werden, um den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu genügen (B. I. 2. c.). Dreh- und Angelpunkt müsste die Abgrenzung geeigneter Gebiete sein, in denen sich mithilfe einer Entflechtung vertikal integrierter Unternehmen ein positiver Effekt auf den Infrastrukturausbau generieren ließe. Hierzu müsste ein vollständig neues Verfahren etabliert werden, das die Spezifika von Ausbaugebieten in den Mittelpunkt stellt. Als Anknüpfungspunkt könnte hierfür das neugeschaffene Instrument des Mapping aus Art. 22 EKEK dienen.⁵⁶⁹ Dieses soll voraussichtlich in den §§ 77 ff. TKG-RefE umgesetzt werden.⁵⁷⁰ Es ermöglicht die Erfassung von bestehender und geplanter Infrastruktur und bietet damit eine Datengrundlage, um die Infrastruktur in bestimmten Gebieten zu katalogisieren und die Ausbauperspektiven nachzuzeichnen. Der schonende Ausgleich der Interessen, die den verschiedenen Regulierungszielen zu Grunde lie-

569 Grundlegend zum Instrument des Mapping und konkreten Normierungsvorschlägen *Kühling/Toros*, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Schaffung von Anreizen für einen flächendeckenden Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen, S. 107 ff.; *Kühling/Toros*, MMR 2020, S. 92 ff.

570 Referentenentwurf des Telekommunikationsmodernisierungsgesetzes (TK-MoG), abrufbar unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/telekommunikationsmodernisierungsgesetz-referentenentwurf-20201612.pdf?__blob=publicationFile&v=8 (zuletzt abgerufen am 12.1.2021).

gen, müsste – wie nach Art. 77 Abs. 3 UAbs. 2 S. 1 EKEK – auch im Rahmen der neuen Norm Anklang finden.⁵⁷¹ Die Folgen einer Entflechtung für die Konnektivität, den Wettbewerb, die Interessen der Bürger und den Binnenmarkt müssten im Vorfeld – ähnlich wie nach Art. 77 Abs. 3 UAbs. 2 S. 1 EKEK – untersucht werden. Würde die Konnektivität zwar minimal gefördert, zugleich jedoch die Verbraucherinteressen erheblich geschädigt, müsste von der Maßnahme Abstand genommen werden.

c) Verfassungsmäßigkeit der Kompetenzgrundlage und ihrer Anwendung im Einzelfall

Derzeit existiert, wie bereits festgestellt, weder im unionalen noch im nationalen Telekommunikationsrecht eine Kompetenzgrundlage zur Entflechtung vertikal integrierter Telekommunikationsunternehmen zur Steigerung der Konnektivität. Auf beiden normhierarchischen Ebenen müssten mithin zunächst entsprechende Vorgaben geschaffen werden. Auch wenn der Determinierungsgrad der unionsrechtlichen Vorgaben zur Entflechtung im Marktregulierungsverfahren sehr hoch ist, ist dies für die Schaffung einer neuen Kompetenzgrundlage nicht zu prognostizieren. Damit ergibt sich eine vergleichbare Ausgangslage, wie im Rahmen der Einführung eines Konzessionsmodells auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte, sodass die Kompatibilität mit dem unionalen und nationalen Grundrechtskatalog sichergestellt werden muss (Kapitel 3, C. IV. 1. a. aa.). Besonders relevant sind für die Kompetenzgrundlage zur Entflechtung von Unternehmen als Mittel zur Beschleunigung des Breitbandausbaus die erwerbsbezogenen Grundrechte (dazu aa.), das Grundrecht auf Eigentum (dazu bb.) sowie der Allgemeine Gleichheitssatz (dazu cc.).

aa) Vereinbarkeit mit den erwerbsbezogenen Grundrechten

Eine Kompetenzgrundlage zur Entflechtung vertikal integrierter Unternehmen und ihre Anwendung im Einzelfall müssten sich mit den erwerbsbezogenen Grundrechten vereinbaren lassen, die unionsrechtlich im Zu-

571 Siehe hierzu im Hinblick auf den entsprechenden Passus in Art. 77 EKEK bereits B. I. 1. a. sowie Erwägungsgrund 202 des EKEK.

sammenspiel aus Art. 15 und 16 GRCh gewährleistet werden.⁵⁷² In diese Grundrechte würde dadurch eingegriffen, dass den betroffenen Unternehmen eine parallele wirtschaftliche Tätigkeit auf Vorleistungs- und Endkundenebene verwehrt würde. Die Voraussetzungen einer Rechtfertigung des Eingriffes in die Grundrechte der GRCh ergeben sich aus Art. 52 Abs. 1 GRCh.⁵⁷³ Zunächst bedürfte es danach einer gesetzlichen Grundlage, die geschaffen werden müsste.

Mit der Beschleunigung und Förderung des Ausbaus hochleistungsfähiger Infrastrukturen würde ein legitimer Zweck verfolgt (Kapitel 3, C. V. 4. b. aa.). Hinsichtlich der Eignung und Erforderlichkeit verbleibt dem Gesetzgeber ein umfassender Einschätzungsspielraum.⁵⁷⁴ Die positiven Effekte einer stärkeren Durchmischung des Marktes mit Wholesale-Only-Anbietern auf die Geschwindigkeit des Breitbandausbaus werden derzeit lediglich auf Basis einzelner ökonomischer Modellierungen nachgewiesen (A. I. 3.). Fraglich ist, ob sich die auf Basis eines „Greenfield-Ansatzes“ gewonnen Erkenntnisse auch in realen Ausbauszenarien zeigen würden (A. I. 3.). Für eine fundierte Überprüfung der Eignung und Erforderlichkeit der Maßnahme wären weitere umfassende ökonometrische Analysen erforderlich, die auch die Effekte einer Entflechtung in solchen Gebieten untersuchen, die nicht dem Modellaufbau entsprechen. Dies wäre insbesondere für eine Bewertung der Erforderlichkeit der Entflechtung von Nöten, die einen Vergleich mit anderen Maßnahmen zur Beschleunigung des Infrastrukturausbaus erfordert. Danach dürfte es kein relativ milderes, gleich geeignetes Mittel zur Erreichung der Ziele geben.⁵⁷⁵ Die besondere Herausforderung besteht in der hohen Eingriffsintensität der Entflechtung eines Unternehmens. Zugleich stehen verschiedene Alternativmaßnahmen,

572 Zum Eingriffsbegriff EuGH, Urt. v. 23.9.2004, verb. Rs. C-435/02 und C-103/03 (Springer), ECLI:EU:C:2004:552, Rn. 49; weiterführend *Kühling*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUUV, Art. 15 GRCh, Rn. 15 f.

573 An dieser Stelle soll davon ausgegangen werden, dass sich die Entflechtungsvorgaben im unionalen Rechtsrahmen abschließend geregelt werden würden und eine direkte Anwendung der Grundfreiheiten. Dennoch sind sie im Rahmen der Auslegung der sekundärrechtlichen Vorschriften und auch bei der Interpretation der berufsbezogenen Grundrechte aus Art. 15 und 16 GRCh zu berücksichtigen; *Müller-Graff*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUUV, Art. 56 AEUUV, Rn. 142.

574 Hierzu statt vieler *Kabl/Schwind*, EuR 2014, S. 170, 185.

575 EuGH, Urt. v. 4.10.2018, Rs. C-384/17 (Link Logistik N&N), ECLI:EU:C:2018:810, Rn. 40; EuGH, Urt. v. 17.4.2018, Rs. C-414/16 (Egenberger), ECLI:EU:C:2018:257, Rn. 68; EuGH, Urt. v. 11.7.1989, Rs. 265/87 (Schräder/Hauptzollamt Gronau), ECLI:EU:C:1989:303, Rn. 21.

wie etwa die Vergabe von Fördermitteln zur Verfügung, welche die Grundrechte der betroffenen Unternehmen nicht vergleichbar belasten. Die Effektivität der verschiedenen Alternativmaßnahmen lässt sich auf Basis der bisherigen ökonomischen Untersuchung jedoch an dieser Stelle nicht abschließend vergleichen. Tendenziell ist jedoch davon auszugehen, dass mit der Vergabe von Fördermitteln ein weniger eingriffsintensives und voraussichtlich sogar effektiveres Mittel zur Verfügung stünde.

Ungeachtet dessen lassen sich aus juristischer Perspektive bereits einige pauschale Aussagen über die Normkonstruktion treffen, die in jedem Fall zu beachten wären. Es böte sich an, die Erforderlichkeitsprüfung im Einzelfall bereits – wie im Rahmen der funktionellen Entflechtung gemäß Art. 77 EKEK – normativ vorzustrukturieren und die Maßnahme als ultima ratio zu konzipieren. Hierzu böte sich ein abgestuftes Maßnahmenprogramm an, an dessen Spitze die Entflechtung steht, sofern ihre Effektivität im Vergleich zu den anderen Maßnahmen hinreichend nachgewiesen wird. Die Maßnahme müsste auch verhältnismäßig im engeren Sinne sein. Die konfligierenden Interessen müssten demnach gegeneinander abgewogen werden. Dabei erscheint es sinnvoll, diese Abwägung ebenfalls normativ vorzustrukturieren und hier dem Beispiel des Art. 77 Abs. 3 UAbs. 2 S. 1 EKEK zu folgen (B. I. 1. a.).

Eine weitaus größere Herausforderung stellt es dar, dass die Anwendung der Maßnahme auch in jedem Einzelfall grundrechtskonform sein müsste. Die positiven Effekte der Entflechtung eines Unternehmens für den Breitbandausbau müssten gegen die Interessen des Unternehmens zur parallelen wirtschaftlichen Betätigung auf dem Vorleistungs- und Endkundenmarkt abgewogen werden. Problematisch wäre es in dieser Hinsicht insbesondere, wenn sich die Vorteile für den Breitbandausbau tatsächlich nur in solchen Gebieten spürbar auswirken würden, die der Modellierung gleichen und damit keinen flächendeckenden Erfolg in der komplexen Ausbaurealität versprechen. Viele Unternehmen sind nämlich nicht lediglich lokal begrenzt, sondern überregional oder gar bundesweit tätig. Positive Effekte einer vertikalen Desintegration für die Steigerung der Konnektivität in einem eng begrenzten Gebiet dürften in diesem Fall nicht ausreichen, um die Verhältnismäßigkeit einer so eingriffsintensiven Maßnahme wie einer Entflechtung sicherzustellen. Anderenfalls könnte etwa ein bundesweit tätiges Unternehmen – wie die Telekom Deutschland GmbH – entflochten werden, nur um den Breitbandausbau in einem bayerischen Landkreis zu beschleunigen. Dies wäre ohne Zweifel unverhältnismäßig.

Dieser Befund gilt auch für die Gewährleistungen aus Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG.

bb) Vereinbarkeit mit dem Grundrecht auf Eigentum

Die Entflechtung vertikal integrierter Telekommunikationsunternehmen zur Beschleunigung des Infrastrukturausbaus müsste sich auch mit den Gewährleistungen des Art. 17 GRCh vereinbaren lassen. Eigentum sind nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofes „vermögenswerte Rechte, aus denen sich im Hinblick auf die Rechtsordnung eine gesicherte Rechtsposition ergibt, die eine selbstständige Ausübung dieser Rechte durch und zugunsten ihres Inhabers ermöglicht.“⁵⁷⁶ Problematisch sind solche Entflechtungen, durch die nicht nur eine unternehmensinterne Separierung – beispielsweise durch Einrichtung separater Geschäftsbereiche – gefordert wird, sondern das Unternehmen zur Veräußerung von Geschäftsanteilen verpflichtet wird. Dies wäre beispielweise bei einer eigentumsrechtlichen Entflechtung der Fall. Das Energierecht enthält entsprechende Kompetenzgrundlagen zur Förderung des Wettbewerbs (hierzu bereits A. II. 2.). Allerdings stellt sich die Frage, ob eine so umfassende und intensive Entflechtung überhaupt erforderlich wäre, um die gewünschten Effekte der Beschleunigung des Infrastrukturausbaus zu erzielen. Gegebenenfalls hätten auch weniger eingriffsintensive Entflechtungen, die eine weitgehende Unabhängigkeit der Geschäftsbereiche sicherstellen würden, bereits einen vergleichbaren Effekt. Hierzu fehlt jedoch eine ökonomische Analyse, sodass dies nicht abschließend bewertet werden kann. Aus Gründen der Erforderlichkeit müsste die relativ mildeste Ausgestaltung der Maßnahme, die zu der angestrebten Beschleunigung des Breitbandausbaus führt, gewählt werden.

Auch für die Gewährleistungen aus Art. 14 Abs. 1 GG ergeben sich keine anderen Ergebnisse.

cc) Gleichbehandlung vertikal integrierter Telekommunikationsunternehmen

Der Allgemeine Gleichheitssatz, der in Art. 20 GRCh angelegt ist, sieht – wie sein grundgesetzliches Pendant in Art. 3 Abs. 1 GG – vor, dass wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches differenziert behandelt

⁵⁷⁶ EuGH, Urt. v. 22.1.2013, Rs. C-283/11 (Sky Österreich/Österreichischer Rundfunk), ECLI:EU:C:2013:28, Rn. 34; *Mickl*, Unionsgrundrechte aus der Hand des Gesetzgebers, S. 89.

werden muss.⁵⁷⁷ Die ökonomischen Modellierungen gehen davon aus, dass eine stärkere Durchmischung des Marktes mit Wholesale-Only-Anbietern positive Effekte für den Infrastrukturausbau haben könnte (A. I. 3.). Dabei wird jedoch nicht dargelegt, dass sich der gewünschte Effekt auf die Entflechtung marktmächtiger Unternehmen beschränkt. Vor diesem Hintergrund ließe es sich nicht rechtfertigen, marktmächtige Unternehmen anders zu behandeln als Unternehmen ohne beträchtliche Marktmacht. Demnach wäre die Etablierung der Kompetenzgrundlage zur Entflechtung von Unternehmen als Werkzeug zur Beschleunigung des Breitbandausbaus nicht nur aus systematischen (B. I. 2. b.), sondern auch aus primär- bzw. verfassungsrechtlichen Gründen geboten. Eine Anknüpfung an eine marktbeherrschende Stellung, würde gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoßen.

dd) Zwischenergebnis

Die Erkenntnis, dass mehr Wholesale-Only-Anbieter auf dem Telekommunikationsmarkt spürbar zur Beschleunigung des Glasfaserausbaus beitragen würden, ist keinesfalls gesichert (A. I. 3.). Eine sichtbare Beschleunigung lässt sich zwar unter optimalen Bedingungen simulieren, allerdings sind die tatsächlichen Bedingungen im Telekommunikationsmarkt deutlich komplexer und lassen sich nur schwerlich prognostizieren. Dem steht eine Maßnahme gegenüber, die der Gesetzgeber – in erheblich geringerer Eingriffsintensität – als schärfstes Schwert zur Beseitigung von Wettbewerbshindernissen konzipiert hat. Nur wenn alle übrigen Regulierungsmaßnahmen fruchtlos geblieben sind, kann ein Unternehmen funktionell getrennt werden. Bei der Konstruktion der Entflechtungsbestimmung zur Förderung der Konnektivität müsste der Eingriff erheblich intensiviert werden, um einen Wholesale-Only-Anbieter entstehen zu lassen. Sowohl die Rechtsgrundlage der Entflechtung an sich als auch ihre Anwendung müssten sich am Maßstab der Berufs-, Unternehmer- und Eigentumsfreiheit aus Art. 15 und 16 sowie 17 GRCh rechtfertigen lassen. Für eine abschließende Beurteilung der Eignung und Erforderlichkeit der Maßnahme fehlen umfassende ökonomische Untersuchungen. Je niedriger die Entflechtungsintensität und je höher die Effektivität der Maßnahme wäre, desto eher ließe sich ihre Anwendung rechtfertigen. Dabei wäre eine Orientie-

577 *Heselhaus*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV*, Art. 20 GRCh, Rn. 24.

rung der normativen Ausgestaltung an Art. 77 EKEK zu befürworten. Erforderlichkeit und Angemessenheit der Rechtsgrundlage ließen sich durch ihre Ausgestaltung als ultima ratio mit einer strengen Interessenabwägung sicherstellen. Aus Gründen der Gleichbehandlung müsste die Maßnahme zudem auf alle vertikal integrierten Telekommunikationsunternehmen, unabhängig von deren Marktmacht, angewandt werden können. Hinsichtlich der Möglichkeit einer grundrechtskonformen Anwendung der Vorgabe im Einzelfall, ist Skepsis geboten.

d) Ergebnis

Die Rechtsgrundlage zur funktionellen Entflechtung von Unternehmen ist konsistent auf den Wettbewerbsschutz ausgerichtet und in die Systematik des Marktregulierungsverfahrens eingebettet. Um einen Wholesale-Only-Anbieter entstehen zu lassen, müsste ihre Eingriffsintensität zur Entflechtung vertikal integrierter Telekommunikationsunternehmen beträchtlich erhöht werden. Eine Erweiterung der Zweckrichtung der funktionellen Entflechtung auf die Steigerung der Konnektivität, würde sich nicht in den systematischen Rahmen einfügen. Vielmehr wäre eine separate Rechtsgrundlage in einem anderen Kontext zu schaffen. Diese müsste aus Gründen der Gleichbehandlung auf alle vertikal integrierten Telekommunikationsunternehmen angewandt werden können. Im Fokus dürfte deswegen nicht die Marktmacht eines Unternehmens stehen. Vielmehr sollten Gebiete mit Netzausbaufizit identifiziert werden. Dafür könnte sich die geografische Erhebung gemäß Art. 22 EKEK eignen, die im Rahmen der Novellierung des TKG in den §§ 78 ff. TKG-RefE eingeführt werden soll.⁵⁷⁸

Bei der normativen Strukturierung müsste gewährleistet werden, dass das Ziel der Konnektivitätsförderung schonend mit den übrigen Regulierungszielen in Ausgleich gebracht wird. Ihre Vereinbarkeit mit den unionalen und nationalen Grundrechten lässt sich auf Basis der vorliegenden ökonomischen Daten nur eingeschränkt prüfen. Es lassen sich allerdings Grundsätze entwickeln, die in jedem Fall zu berücksichtigen wären. Die Verfassungsmäßigkeit ließe sich umso einfacher sicherstellen, je effektiver

578 Referentenentwurf des Telekommunikationsmodernisierungsgesetzes (TK-MoG), abrufbar unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/telekommunikationsmodernisierungsgesetz-referentenentwurf-20201612.pdf?__blob=publicationFile&v=8 (zuletzt abgerufen am 12.1.2021).

die Maßnahme und je niedriger die hierfür erforderliche Entflechtungsintensität ist. Die Erforderlichkeit und Angemessenheit könnten dadurch sichergestellt werden, dass ihre Handhabung im Einzelfall bereits im Normtext vorgegeben wird. Die Verfassungsmäßigkeit des Einzelaktes ist umso schwieriger sicherzustellen, je größer der Tätigkeitsbereich des Unternehmens ist. Dies gilt insbesondere, wenn die Maßnahme nur sehr lokal begrenzt positive Effekte mit sich bringen würde. Freilich ist es insgesamt zu kritisieren, dass Regulierungsverfügungen zur Umsetzung eines bestimmten Geschäftsmodells durch staatlichen Zwang genutzt werden sollen. Dies gilt hier umso mehr, da noch nicht einmal explizit gesichert ist, ob die positiven Auswirkungen auf den Infrastrukturausbau überhaupt in einem spürbaren Maße eintreten würden.⁵⁷⁹ Vor diesem Hintergrund besteht kein Optimierungsbedarf für den ausbalancierten Rechtsrahmen. Eine Anpassungsmöglichkeit ist aus verfassungsrechtlichen Gründen aller Wahrscheinlichkeit nach ohnehin nicht gegeben.

II. Mögliche Aufspaltung des Unternehmens nach deutschem Kartellrecht zur Beschleunigung des Infrastrukturausbaus?

Während das sektorspezifische Regulierungsrecht eine Ex-ante-Perspektive einnimmt und versucht, Diskriminierungspotentiale und Marktdefizite präventiv zu beseitigen, nimmt das Kartellrecht eine Ex-post-Perspektive ein. Es ist aber ebenso darauf ausgerichtet, den Wettbewerb zu schützen und bei festgestellten Defiziten Maßnahmen zu ergreifen. Das Unionsprimärrecht enthält in Art. 101 und Art. 102 AEUV ein Kartell- und ein Missbrauchsverbot. Gemäß Art. 103 Abs. 1 AEUV können Durchführungsverordnungen erlassen werden, um der Kommission Handlungsoptionen zur Reaktion auf etwaige Verstöße zu gewähren. Relevant für den vorliegenden Fall ist insoweit Art. 7 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1/2003,⁵⁸⁰ die der Kommission gestattet, Abhilfemaßnahmen struktureller Art bei wettbewerbsrechtswidrigem Verhalten zu ergreifen. Eine korrespondierende Kompetenz enthält § 32 Abs. 2 S. 1 GWB für das Bundeskartellamt, sofern Unternehmen

579 Ähnlich skeptisch zu den positiven Auswirkungen der Entflechtung der Deutschen Telekom AG auf den Wettbewerb bereits *Kübling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 343.

580 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. L 1 vom 4.1.2003, S. 1 i. d. F. d. Verordnung (EG) Nr. 487/2009 vom 25.5.2009, ABl. L 148, S. 1.

gegen die Vorgaben des nationalen Kartellrechts oder des Art. 101 oder 102 AEUV verstoßen.

Dabei ist es jeweils erforderlich, dass der Verstoß in der Struktur des Unternehmens kausal begründet wird.⁵⁸¹ Ein typischer Fall wäre insoweit bei einer vertikalen Integration des Unternehmens gegeben, wenn diese dazu führt, dass die marktbeherrschende Stellung wettbewerbsrechtswidrig eingesetzt wird. Die Maßnahme muss im Übrigen im konkreten Einzelfall verhältnismäßig sein. Sie muss demnach zur Abhilfe des rechtswidrigen Verhaltens geeignet und erforderlich sowie angemessen sein. Im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung ist zu untersuchen, ob mildere verhaltensbezogene Abhilfemaßnahmen nicht ebenfalls dazu geeignet sind, um das gesetzeswidrige Verhalten abzustellen.⁵⁸² Insoweit ist die Struktur dem Telekommunikationsrecht vergleichbar (B. I. 1.), sodass die strukturellen Abhilfemaßnahmen auch im Kartellrecht lediglich als ultima ratio angewandt werden dürfen. Darüber hinaus ist eine strenge Prüfung der Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) erforderlich, die dieses Ergebnis weiter untermauert. Die Vorschrift enthält dabei keinen numerus clausus zulässiger Maßnahmen. Denkbar ist etwa, dass einem Unternehmen aufgegeben wird, Geschäftsbereiche zu veräußern. Kompetenzen, die der Kartellbehörde erlauben würden, ein Unternehmen – nach dem Vorbild des Energierechts – zu zerschlagen und damit eine Entflechtungsintensität auszuüben, die zur Entstehung eines Wholesale-Only-Anbieters erforderlich wäre, kennt das Kartellrecht hingegen nicht. Die Einführung solcher Kompetenznormen ist immer wieder Gegenstand der politischen Diskussion.⁵⁸³ Anders als in den USA⁵⁸⁴ und in Großbritannien⁵⁸⁵ wurden sie bislang jedoch nicht eingeführt. In den Staaten mit strengen Entflechtungsregimen ist die Maßnahme ausschließlich auf den Schutz und die Gewährleistung eines funktionsfähigen Wettbewerbs ausgerichtet.

Damit ergibt sich ein Bild, das weitgehend dem Befund im Telekommunikationsrecht gleicht (B. I. 1.). Strukturelle Abhilfemaßnahmen sind die ultima ratio und auf die Sicherstellung eines funktionsfähigen Wettbewerbs ausgerichtet. Tatbestandsvoraussetzung ist mithin ein Verstoß gegen Art. 101 oder Art. 102 AEUV oder das nationale Kartellrecht. In diese

581 *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 2, § 32 GWB, Rn. 34.

582 *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 2, § 32 GWB, Rn. 34.

583 *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung im deutschen Kartellrecht, S. 10 ff.

584 *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung im deutschen Kartellrecht, S. 21 ff.

585 *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung im deutschen Kartellrecht, S. 32 ff.

Grundkonzeption würde sich das Ziel eines beschleunigten Infrastrukturausbaus in der Fläche weder systematisch noch teleologisch einfügen, da kein Zusammenhang zu den Schutzrichtungen des Kartellrechts besteht. Die Förderung des Infrastrukturausbaus ist nicht Aufgabe des Kartellrechts. Es besteht deshalb im Ergebnis kein Anpassungsbedarf *de lege ferenda*.

III. Ergebnis

Weder der unionale noch der nationale Rechtsrahmen enthalten Kompetenzen, um vertikal integrierte Telekommunikationsunternehmen mit staatlichem Zwang zu entflechten. Die funktionelle Entflechtung ist eine Maßnahme des Telekommunikationsrechts zur Bekämpfung der Diskriminierung von Zugangspetenten durch vertikal integrierte Telekommunikationsunternehmen mit signifikanter Marktmacht. Die Maßnahme ist im aktuellen Rechtsrahmen nicht auf die Beschleunigung des Infrastrukturausbaus ausgerichtet. Eine solche Funktionserweiterung ließe sich auch nicht mit dem Sinn und Zweck der Maßnahme und ihrer systematischen Stellung im Gesetz vereinbaren. Deswegen bedürfen die Vorgaben in diesem Kontext *de lege ferenda* keiner Anpassung. Vielmehr müsste eine neue Rechtsgrundlage geschaffen werden, die in einen anderen systematischen Kontext eingebettet werden müsste. Ohnehin ist die funktionelle Trennung als Separierung nach dem „Grad 3“ einzustufen und führt nicht dazu, dass ein Wholesale-Only-Anbieter entsteht. Durch die Maßnahme kann also lediglich die Trennung der Geschäftsbereiche auf der Vorleistungs- und der Endkundenebene veranlasst werden. Dies wird sich perspektivisch nicht ändern. Die Schaffung einer separaten Rechtsgrundlage, die eine Entflechtung zur Förderung der Konnektivität gestattet, wäre zwar theoretisch möglich, im Einzelfall jedoch in der Regel nur schwerlich verhältnismäßig anwendbar. Ein positiver Effekt auf die Konnektivität, der allerdings empirisch nur rudimentär belegt ist, stünde in der Verhältnismäßigkeitsprüfung einem umfassenden Eingriff in die Eigentums- oder die Organisationsstruktur eines Unternehmens gegenüber.

Das Kartellrecht kennt ebenfalls keine normative Grundlage, welche die Kartellbehörden dazu legitimeren würde, Wholesale-Only-Anbieter durch staatlichen Zwang entstehen zu lassen. Vielmehr folgen aus den strukturellen Abhilfemaßnahmen, die im Gesetz vorgesehen sind, nur vergleichbare Kompetenzen wie im Telekommunikationsrecht. Im Kartellrecht besteht ebenfalls kein Anpassungsbedarf *de lege ferenda*, da die Integration von

Maßnahmen zur Beschleunigung des Infrastrukturausbaus in den Kanon der Maßnahmen zur Abhilfe von Wettbewerbsverstößen völlig systemfremd wäre. Der Staat kann mithin nicht mittels verpflichtender Maßnahmen zur vermehrten Entstehung vertikal integrierter Telekommunikationsunternehmen beitragen. Dieses Ergebnis ist folgerichtig. Es wäre höchst bedenklich, wenn der Staat ein Geschäftsmodell für Unternehmen mit Zwang zur Erreichung eines Zieles umsetzen würde, wenn noch nicht einmal gesichert ist, ob die Maßnahme in dieser Hinsicht überhaupt hinreichend förderlich ist.

C. *Freiwillige Separierung vertikal integrierter Telekommunikationsunternehmen*

Als weitere Maßnahme, durch die Wholesale-Only-Anbieter entstehen können, wird eine freiwillige Entflechtung von zuvor vertikal integrierten Telekommunikationsunternehmen angeführt.⁵⁸⁶ Hierbei handelt es sich in der Regel um eine strategische Entscheidung, die beispielsweise vom tschechischen Telekommunikationsunternehmen CETIN a.s. getroffen wurde (dazu I.). Eine freiwillige Separierung setzt eine gesellschaftsrechtliche Trennung des Unternehmens voraus (dazu II.). Aus dem sektorspezifischen Regulierungsrecht ergeben sich insbesondere Vorgaben dazu, wie die aufgespaltenen Unternehmen aufgrund des reduzierten Missbrauchsrisikos regulatorisch zu privilegieren sind (dazu III.).

I. *Freiwillige Aufspaltung am Beispiel des Unternehmens CETIN*

In Tschechien hat sich bereits ein marktmächtiges, vertikal integriertes Telekommunikationsunternehmen aufgespalten. Infolge einer Übernahme des nationalen Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht durch einen Investor wurde das vormals vertikal integrierte Unternehmen aus strategischen Erwägungen im Jahr 2015 aufgespalten.⁵⁸⁷ Das Infrastrukturunternehmen tritt unter dem Namen Česká telekomunikační infrastruktura a.s. (CETIN) und der Diensteanbieter unter dem Namen O2 Czech Republic

586 *Wernick/Queder/Strube Martins u.a.*, Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unterversorgter Gebiete, S. 32.

587 *Wernick/Queder/Strube Martins u.a.*, Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unterversorgter Gebiete, S. 35.

a.s. am Markt auf. Mit der Aufspaltung des Unternehmens wurden verschiedene Ziele verfolgt. Durch den Fokus auf eine Wertschöpfungsstufe sollte das Unternehmen zielgerichteter und effizienter arbeiten.⁵⁸⁸ Zudem wurde durch die Separierung angestrebt, aufgrund der reduzierten Marktmacht aus der Ex-ante-Regulierung entlassen zu werden.⁵⁸⁹ Das Entlassen des Unternehmens aus der Zugangsregulierung wird zur Zeit durch die Regulierungsbehörde geprüft und auch der Wert der separierten Unternehmen ist im Vergleich jeweils deutlich gestiegen.⁵⁹⁰ Mithilfe einer gezielten und fairen Vermarktung an andere Unternehmen sollte zudem die Auslastung des Netzes erhöht werden.⁵⁹¹ Die mögliche Beschleunigung des Ausbaus hochleistungsfähiger Infrastrukturen in Tschechien, die einen positiven Nebeneffekt der Maßnahme darstellen könnte, floss nicht explizit in die Erwägungen des Unternehmens ein. Vergleichbare Separierungsbestrebungen bestehen auf dem deutschen Telekommunikationsmarkt derzeit nicht.

II. Gesellschaftsrechtliche Vorgaben zur Aufspaltung von Unternehmen

Anders als bei der funktionellen Trennung erfolgt der Entschluss zur freiwilligen Aufspaltung privatautonom durch die Leitungsorgane der Gesellschaft. Die formellen Voraussetzungen hierfür ergeben sich insbesondere aus dem Gesellschaftsrecht.⁵⁹² Um die Grundstrukturen einer freiwilligen

588 *Godlovitch/Lemstra/Pennings u.a.*, Regulatory, in particular access, regimes for network investment models in Europe, S. 186; *Wernick/Queder/Strube Martins u.a.*, Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unterversorgter Gebiete, S. 35.

589 *Godlovitch/Lemstra/Pennings u.a.*, Regulatory, in particular access, regimes for network investment models in Europe, S. 186; *Wernick/Queder/Strube Martins u.a.*, Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unterversorgter Gebiete, S. 35.

590 Dies geht aus der Zusammenschau der Überblickspräsentationen des Konzerns aus den Jahren 2017, S. 19 abrufbar unter: <https://www.cetin.cz/documents/10182/134417/2017+05+CETIN+Company+overview+FY2016.pdf/17b90788-75a9-4e35-a808-0a4df9910fcb> (zuletzt abgerufen am 1.7.2020) und aus dem Jahr 2018, S. 17 hervor, abrufbar unter: <https://www.cetin.cz/documents/10182/189301/Investor+presentation+1H2018/0946f41a-4b11-49b1-9b3c-820bd27d9b16> (zuletzt abgerufen am 1.7.2020).

591 *Godlovitch/Lemstra/Pennings u.a.*, Regulatory, in particular access, regimes for network investment models in Europe, S. 186; *Wernick/Queder/Strube Martins u.a.*, Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unterversorgter Gebiete, S. 35.

592 Hier soll lediglich auf die üblichen Konstellationen der Umwandlung eingegangen werden; siehe zu den Sonderkonstellationen für bestimmte Gesellschaftsfor-

Entflechtungsentscheidung verstehen und ihre regulatorische Flankierung untersuchen zu können, ist eine Analyse der wesentlichen Steuerungsvorgaben für den gesellschaftsrechtlichen Ablauf einer Unternehmensaufspaltung unerlässlich.

Das Verfahren und der Ablauf der Trennung sind zivilrechtlich ausgestaltet. Das Umwandlungsgesetz (UmwG) enthält in den §§ 123–173 Vorgaben zur Spaltung von Unternehmen und strukturiert die diesbezüglichen Verfahren. Ist das umzuwandelnde Unternehmen eine juristische Person des öffentlichen Rechts, gelten die Sonderregelungen der §§ 174 ff. UmwG über die Vermögensübertragung.⁵⁹³ Es existieren keine sektorspezifischen Regelungen für den Telekommunikationssektor, sodass die allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften zur Anwendung kommen. Dies ist folgerichtig, da sektorspezifische Regelungen nur für solche Konstellationen geschaffen werden müssen, in denen – für andere Branchen untypische – Besonderheiten vorliegen.

Die Spaltung einer Gesellschaft ist dadurch geprägt, dass Teile des Vermögens eines Ausgangsrechtsträgers auf den Zielrechtsträger übertragen werden.⁵⁹⁴ Das Gesetz differenziert zwischen der Aufspaltung (§ 123 Abs. 1 UmwG), der Abspaltung (§ 123 Abs. 2 UmwG) und der Ausgliederung (§ 123 Abs. 3 UmwG).⁵⁹⁵ Eine Aufspaltung liegt gemäß § 123 Abs. 1 UmwG vor, wenn das gesamte Vermögen der Gesellschaft auf die Zielgesellschaften aufgeteilt wird, ohne dass es zu einer Abwicklung der Ausgangsgesellschaft, wohl aber zu deren Auflösung kommt.⁵⁹⁶ Dies ist bei der Abspaltung und der Ausgliederung insoweit anders, als bei ihnen die Ausgangsgesellschaft erhalten bleibt.⁵⁹⁷ Abspaltung und Ausgliederung wiederum unterscheiden sich hinsichtlich der Gegenleistung voneinander.

men und Ausgangssituationen im Überblick *Leuring*, in: Kraft/Redenius-Hövermann (Hrsg.), *Umwandlungsrecht*, S. 123, 133 ff.

593 Hierzu weiterführend *Hofmann/Riethmüller*, JA 2009, S. 481, 483.

594 *Hofmann/Riethmüller*, JA 2009, S. 481, 482.

595 *Kuhlmann/Abnis*, Konzern- und Umwandlungsrecht, S. 414; *Leuring*, in: Kraft/Redenius-Hövermann (Hrsg.), *Umwandlungsrecht*, S. 123, 126; *Wardenbach*, in: Henssler/Strohn (Hrsg.), *Gesellschaftsrecht*, § 123 UmwG, Rn. 4 ff.

596 Der konkrete Ablauf einer Abspaltung wird schematisch übersichtlich dargestellt von *Hofmann/Riethmüller*, JA 2009, S. 481, 483; *Hörtnagl*, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz (Hrsg.), *Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz*, § 123 UmwG, Rn. 6; *Leuring*, in: Kraft/Redenius-Hövermann (Hrsg.), *Umwandlungsrecht*, S. 123, 126.

597 *Hofmann/Riethmüller*, JA 2009, S. 481, 483; *Leuring*, in: Kraft/Redenius-Hövermann (Hrsg.), *Umwandlungsrecht*, S. 123, 127 f.; *Schwanna*, in: Semler/Stengel (Hrsg.), *Umwandlungsgesetz*, § 123 UmwG, Rn. 12.

Bei der Abspaltung erfolgt die Separierung gemäß § 123 Abs. 2 UmwG „gegen die Gewährung von Anteilen oder Mitgliedschaften dieses Rechtsträgers oder dieser Rechtsträger an die Anteilshaber des übertragenden Rechtsträgers“,⁵⁹⁸ bei der Ausgliederung „gegen Gewährung von Anteilen oder Mitgliedschaften dieses Rechtsträgers oder dieser Rechtsträger an den übertragenden Rechtsträger.“⁵⁹⁹ Bei jeder der Separierungsvarianten können Vermögensgegenstände entweder auf eine bereits bestehende oder eine noch zu gründende Gesellschaft übertragen werden.⁶⁰⁰ Im Ergebnis findet eine Gesamtrechtsnachfolge statt, auch wenn dabei nur Teile des Vermögens erfasst sind.⁶⁰¹

Formal untergliedert das UmwG den Prozess der Aufspaltung eines Unternehmens in drei Schritte. Hierbei handelt es sich um die Vorbereitung und die Beschlussfassung über die Aufspaltung, die in deren Vollzug münden.⁶⁰² In diesem Rahmen sind die gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen für die Separierung des Unternehmens zu erfüllen. Insbesondere werden durch die Formalia der Minderheitenschutz und die Publizität sichergestellt.⁶⁰³

III. Regulatorische Behandlung freiwillig getrennter Telekommunikationsunternehmen

Anders als bei der funktionellen Trennung wird die freiwillige Trennung im Telekommunikationsrecht nur rudimentär flankiert. Dies lässt sich darauf zurückführen, dass die Trennung nicht auf staatlichen Zwang, son-

598 Hörtnagl, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz (Hrsg.), Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz, § 123 UmwG, Rn. 9.

599 In Form eines Schaubildes über die Möglichkeiten der Separierung stellen dies übersichtlich dar Hofmann/Riethmüller, JA 2009, S. 481, 483; Leuring, in: Kraft/Redenius-Hövermann (Hrsg.), Umwandlungsrecht, S. 123, 127 f.

600 Hofmann/Riethmüller, JA 2009, S. 481, 483; Leuring, in: Kraft/Redenius-Hövermann (Hrsg.), Umwandlungsrecht, S. 123, 128.

601 Hofmann/Riethmüller, JA 2009, 481; Leuring, in: Kraft/Redenius-Hövermann (Hrsg.), Umwandlungsrecht, S. 123, 130; Wardenbach, in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, § 123 UmwG, Rn. 2.

602 Der genaue Prozess unterscheidet sich für jede der Umwandlungsarten in Detailfragen, verfügt jedoch über einen einheitlichen Grundablauf, Hofmann/Riethmüller, JA 2009, S. 481, 483.

603 Vgl. hierzu im Einzelnen Hofmann/Riethmüller, JA 2009, S. 481, 484 f.; Kuhlmann/Ahnis, Konzern- und Umwandlungsrecht, S. 417 ff.; Leuring, in: Kraft/Redenius-Hövermann (Hrsg.), Umwandlungsrecht, S. 123, 135 ff.

dern auf eine Willensentscheidung des Unternehmens zurückzuführen ist. Demnach gibt das Telekommunikationsrecht lediglich vor, wie mit den durch die Aufspaltung entstandenen Unternehmen in regulatorischer Hinsicht umzugehen ist. Die regulatorischen Vorgaben betreffen also den Umgang mit dem Resultat einer Aufspaltung des Unternehmens, sind der autonomen Entscheidung des Unternehmens also nachgelagert. Entsprechende Regelungen sind im geltenden unionalen Rechtsrahmen in Art. 78 EKEK enthalten (dazu 1.). Die nationale Vorschrift des § 41 TKG beruht noch auf den unionalen Vorgaben des Art. 13b ZRL. Im Rahmen der Umsetzung des EKEK in deutsches Recht muss die normative Grundlage insofern aktualisiert werden (dazu 2.). Darüber hinaus ist zu untersuchen, inwieweit der Rechtsrahmen unter Umständen einer vermehrten freiwilligen Entflechtung von vertikal integrierten Telekommunikationsunternehmen entgegensteht und ob hieraus ein Anpassungsbedarf *de lege ferenda* resultiert (dazu 3.).

1. Freiwillige Trennung im unionalen Rechtsrahmen

Der Unionsgesetzgeber verfolgt bei der regulatorischen Flankierung der freiwilligen Trennung vormals vertikal integrierter Telekommunikationsunternehmen einen konservativen Ansatz. Die Vorschrift ist ausschließlich auf den Schutz des Wettbewerbs auf der Endkundenebene ausgerichtet, der auch nach der Separierung eines vertikal integrierten Unternehmens fortbestehen soll. Positiv ist festzustellen, dass der Gesetzgeber nicht aktiv auf Unternehmen einwirkt. Vielmehr führt er den Unternehmen lediglich passiv die Vorteile einer vertikalen Desintegration vor Augen. Auch nach der Trennung des Unternehmens soll der diskriminierungsfreie Zugang zum Endkunden für alle Petenten gewährleistet sein. Auf diese Weise soll verhindert werden, dass die Aufspaltung des Unternehmens dazu genutzt wird, andere Telekommunikationsunternehmen zu diskriminieren und der Regulierung missbräuchlich zu entfliehen.⁶⁰⁴ Damit ist die Zweckrichtung derjenigen mit der Rechtsfolge der Legaldefinition des § 3 Nr. 29 TKG vergleichbar (Kapitel 5, D. II. 1.). Die Vorgabe ist jedoch nicht auf die Förderung der Konnektivität der Bevölkerung ausgerichtet. Positive Effekte darauf sind mithin ausschließlich unbeabsichtigte Nebenfolgen, die in der Norm nicht explizit adressiert werden.

604 Erwägungsgrund 204 des EKEK.

Dieser Befund erhärtet sich bei einer näheren Betrachtung des Art. 78 EKEK, der in seiner Struktur verschiedene Pflichten und Handlungsoptionen für unterschiedliche Regelungsadressaten statuiert. Maßgeblicher Adressat der Verpflichtungen aus Art. 78 Abs. 1 EKEK ist das marktmächtige Unternehmen (Art. 67 EKEK), das seine vertikale Integration durch einen autonomen Entschluss aufheben möchte. Für alle anderen Unternehmen entfaltet die Norm keine Steuerungswirkung.

Ihre Zweckrichtung wird durch ihre Einbettung in die Struktur des Marktregulierungsverfahrens besonders unterstrichen. Der Separierungsentschluss muss der zuständigen Behörde gemäß Art. 78 Abs. 1 UAbs. 1 EKEK spätestens drei Monate vor ihrem gesellschaftsrechtlichen Vollzug gemäß Art. 78 Abs. 1 UAbs. 1 EKEK mitgeteilt werden. Ändert sich die Absicht des Unternehmens, muss die Behörde gemäß Art. 78 Abs. 1 UAbs. 2 EKEK ebenfalls informiert werden. Der Gesetzgeber interpretiert den Separierungsbegriff dabei sehr weit und subsumiert sowohl die Absicht hierunter, die Vermögenswerte am Ortsanschlussnetz auf eine eigene Rechtsperson mit einem anderen Eigentümer zu übertragen, als auch diejenige, einen getrennten Geschäftsbereich zu errichten. Dies ist zu begrüßen, da auf diese Weise eine umfassende Reaktionsfähigkeit der Regulierungsbehörden sichergestellt wird. Durch die Mitteilungspflicht wird eine behördliche Analyse und das hierauf basierende Ergreifen von Maßnahmen erst ermöglicht. Würde die Mitteilungspflicht hingegen restriktiv interpretiert, könnte die Behörde unter Umständen nur verzögert intervenieren und negative Auswirkungen auf den Wettbewerb erst mit Verzug beseitigen.

Um dem Fortbestand von Regulierungsverpflichtungen entgegenzuwirken, kann das vertikal integrierte Unternehmen vor seiner Auflösung Verpflichtungszusagen im Sinne von Art. 79 EKEK machen und auf diese Weise den diskriminierungsfreien Zugang zum Endkunden garantieren.⁶⁰⁵ Das Mittel der Verpflichtungszusage, das bereits aus dem Kartellrecht bekannt ist, wird somit auch in den Telekommunikationsrechtsrahmen eingeführt (hierzu umfassend Kapitel 5, D. II. 3. a.). Unternehmen können im neuen Rechtsrahmen durch eine Selbstverpflichtung darauf hinwirken, die Regulierungsunsicherheit zu reduzieren. Die Verpflichtungszusagen fließen in das Regulierungsermessen der Behörde ein. Hierbei handelt es sich um eine entscheidende Modifikation des unionalen Rechtsrahmens, der

605 Erwägungsgrund 205 des EKEK; die normativen Einzelheiten ergeben sich aus Art. 79 Abs. 1 lit. c EKEK. Speziell für die vertikale Desintegration ergeben sich weitere Einzelheiten aus Art. 79 Abs. 1 UAbs. 3 EKEK; hierzu auch *Kühling*, in: Ruffert (Hrsg.), Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht, § 4, Rn. 137.

im Hinblick auf die Rückführung der Regulierung zu begrüßen ist (Kapitel 5, D. II. 3. a. cc.).

Die Handlungsoptionen und -pflichten der nationalen Regulierungsbehörde ergeben sich aus Art. 78 Abs. 2 EKEK. Die Behörde muss gemäß Art. 78 Abs. 2 UAbs. 1 EKEK die Auswirkungen der Aufspaltung des Unternehmens auf bestehende Regulierungsverpflichtungen untersuchen. Hierzu nutzt sie gemäß Art. 78 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK eine Marktanalyse und berücksichtigt etwaige Verpflichtungszusagen des Unternehmens. Die Untersuchung folgt damit dem üblichen Ablauf, der bei jeder Auferlegung von Regulierungsverpflichtungen zu beachten ist. Die Verpflichtungszusage hindert die Regulierungsbehörde nicht daran, eine Regulierungsverpflichtung aufzuerlegen. Vielmehr handelt es sich um einen Abwägungstopos, der in etwaigen Entscheidungen einbezogen werden kann. Die nationale Regulierungsbehörde kann auf Basis der Marktanalyse gemäß Art. 78 Abs. 2 UAbs. 4 S. 1 EKEK neue Regulierungsverpflichtungen auferlegen oder bestehende Verpflichtungen beibehalten, ändern oder aufheben. Bei der Anwendung sind jedoch die Vorgaben des Art. 80 EKEK zu beachten (D. II.). Der umfassende Rückgriff auf das neue Instrument der Verpflichtungszusagen und die Abkehr von umfassenden Regulierungsverpflichtungen können als Anreiz zur Aufspaltung von Unternehmen interpretiert werden.⁶⁰⁶ Dieser Anreiz bezieht sich jedoch exklusiv auf marktmächtige Unternehmen. Dies ist folgerichtig, da die Vorgabe in das Marktregulierungsverfahren eingebettet ist, und daher nicht zu beanstanden.

Auch Art. 78 Abs. 3 und Abs. 4 EKEK richtet sich an die nationale Regulierungsbehörde. Die besondere Rolle der Verpflichtungszusagen wird dadurch unterstrichen, dass die nationalen Regulierungsbehörden nur dann Regulierungsverpflichtungen auferlegen werden, sofern die Verpflichtungszusagen nicht ausreichen, um die Ziele des Art. 3 EKEK zu erreichen. Die Selbstregulierung der marktbeherrschenden Unternehmen wird damit gegenüber dem Regulierungszwang präferiert. Die Verpflichtungszusagen unterliegen hinsichtlich ihrer Effektivität einem intensiven Monitoring. Die Wirksamkeit wird gemäß Art. 78 Abs. 4 EKEK überwacht. Sofern gewünscht, kann die Bindungswirkung der Verpflichtungszusagen über den vereinbarten Zeitraum hinaus erstreckt werden. Hierzu ist eine erneute Erforderlichkeitsprüfung von Nöten. Die Verpflichtungszusagen erhöhen da-

606 Eine bedeutende Rolle spielt das Instrument der Verpflichtungszusage im Zusammenhang mit der Regulierung kooperativer Investitionen in die Infrastruktur. Aus diesem Grund wird an dieser Stelle erneut und vertieft auf Art. 79 EKEK zurückzukommen sein, Kapitel 5, D. II. 3. a.

mit insgesamt die Flexibilität der Regulierung und reduzieren zugleich die Regulierungsunsicherheit. Durch eine Selbstverpflichtung kann das Unternehmen der Auferlegung umfassender regulatorischer Verpflichtungen entgegenwirken. Die positiven Auswirkungen einer umfassenden Selbstverpflichtung stellen einen Anreiz für die vertikale Desintegration dar.

Im Ergebnis wird die Behörde die Selbstverpflichtungen jedoch nur dann ausreichen lassen und für bindend erklären, wenn sie sehr umfassend die Funktion regulatorischer Verpflichtungen übernehmen. Es ist deswegen fraglich, inwieweit das Instrument einen umfassenden eigenständigen Anreiz zur freiwilligen Entflechtung darstellt. Vielmehr ist davon auszugehen, dass es ohnehin zu diesem Schritt entschlossene Unternehmen in diesem Entschluss bestätigt.

2. Umsetzung der unionalen Vorgaben im nationalen Recht

Die Vorgaben des § 41 TKG müssen im Rahmen der Umsetzung des EKEK in deutsches Recht umfassend überarbeitet werden. Geplant ist eine Regelung in § 32 TKG-RefE.⁶⁰⁷ Das Instrument der Verpflichtungszusage ist dem geltenden TKG noch fremd. Das Instrument soll durch § 32 Abs. 2 TKG-RefE in die Vorgaben zur freiwilligen Entflechtung implementiert werden. Weitere normative Anknüpfungspunkte für das Instrument werden in den §§ 18 und 19 TKG-RefE angelegt werden (Kapitel 5, D. II. 3. a. cc.). Zwar spielt die Verpflichtungszusage in Form öffentlich-rechtlicher Verträge zwischen der BNetzA und den Telekommunikationsunternehmen in der regulatorischen Praxis bereits eine Rolle, ist allerdings noch nicht normativ angelegt.⁶⁰⁸

607 Referentenentwurf des Telekommunikationsmodernisierungsgesetzes (TK-MoG), abrufbar unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/telekommunikationsmodernisierungsgesetz-referentenentwurf-20201612.pdf?__blob=publicationFile&v=8 (zuletzt abgerufen am 12.1.2021).

608 Die BNetzA hat das Angebot zum Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages im Vorfeld der Vectoring-II-Entscheidung umfassend zum Gegenstand ihres Regulierungsermessens gemacht, BNetzA, Beschl. v. 1.9.2016, BK 3g-15/004; bestätigt durch VG Köln, Urt. v. 22.9.2016, Az. VG 1 K 5885/13, nicht veröffentlicht und BVerwG, Urt. v. 21.9.2018, Az. 6 C 50.16, BVerwGE 163, 136. Im Vorfeld der Vectoring-II-Entscheidung der BNetzA haben sich hierzu geäußert *Kühling/Bulowski*, N&R 2015, S. 262, 266 ff.; hierzu weiterführend auch *Offenbächer*, Die Regulierung des Vectoring, S. 313 ff.

3. Anpassungsbedarf der Vorgaben de lege ferenda?

Die regulatorischen Entflechtungsvorgaben sind auf die Schaffung und Erhaltung von Wettbewerb ausgerichtet. Dies zeigt sich auch in der Konstruktion der Vorgaben zur freiwilligen Entflechtung. Für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht besteht der Anreiz zur freiwilligen Entflechtung in der Aussicht, als marktmächtiges Unternehmen mit der Abgabe von Verpflichtungszusagen weniger intensive Regulierungsverpflichtungen auferlegt zu bekommen. Für Unternehmen, die nicht der Ex-ante-Regulierung unterliegen, sehen die regulatorischen Vorgaben hingegen keine Anreize vor. Dies ist jedoch auch an dieser Stelle systematisch nicht möglich, da nur Unternehmen von Regulierungsprivilegierungen profitieren können, die auch reguliert werden. Anreize zur Entflechtung vertikal integrierter Telekommunikationsunternehmen ohne beträchtliche Marktmacht an dieser Stelle des Gesetzes zu implementieren, wäre systemfremd. Es sollen lediglich Anreize geschaffen werden, um eine Unternehmensstrukturierung aufzugeben, die zu Diskriminierungen tendiert. Somit besteht auch in dieser Hinsicht de lege ferenda kein Anpassungsbedarf der regulatorischen Vorgaben.

IV. Zwischenergebnis

Vertikal integrierte Telekommunikationsunternehmen können freiwillig, etwa aus strategischen Erwägungen, beschließen, sich aufzuspalten. Ein solches Vorgehen war etwa beim tschechischen Telekommunikationsunternehmen CETIN zu beobachten.

Der Entschluss wird in diesem Zusammenhang durch die Leitungsorgane des Unternehmens getroffen. Da Telekommunikationsunternehmen regelmäßig als Gesellschaften strukturiert sind, ergeben sich die Vorgaben hierfür aus dem UmwG. Das Telekommunikationsrecht weist nur einen rudimentären Regelungsbestand auf, der darauf ausgerichtet ist, den diskriminierungsfreien Zugang und Endkundenwettbewerb auch nach der Entflechtung eines marktmächtigen Unternehmens sicherzustellen. Um dieses Ziel zu erreichen, statuiert Art. 78 EKEK wechselseitige Informations- und Handlungspflichten für Unternehmen und Behörden. Die Förderung der Konnektivität ist allenfalls unbeabsichtigte Nebenfolge. Während den Unternehmen insbesondere aufgegeben wird, die Behörden frühzeitig über die Separierungsabsichten zu informieren, müssen diese auf Basis der Informationen Maßnahmen ergreifen, um den diskriminierungsfreien Zu-

gang auf der Vorleistungsebene sicherzustellen. Die Aufgabe der Regulierungsbehörde ist damit eher konservativ denn gestaltend und einflussnehmend. Durch den novellierten unionalen Rechtsrahmen wurde die Möglichkeit dazu geschaffen, durch Selbstverpflichtungen, die als Abwägungstopos in das Regulierungsermessen einbezogen werden können, die Regulierungsintensität zu reduzieren. Der eigenverantwortlichen Selbstregulierung der marktbeherrschenden Unternehmen wird auf diese Weise der Vorzug vor der verpflichtenden Regulierung durch den Staat gegeben. Durch diese Maßnahme wird die Attraktivität der freiwilligen Separierung für marktmächtige Unternehmen erhöht. Aufgrund der strengen Anforderungen an die Verpflichtungszusage beschränkt sich dieser Anzeizeffekt im Wesentlichen auf solche Unternehmen, die ohnehin dazu entschlossen sind, sich zu entflechten.

D. Gründung als Wholesale-Only-Unternehmen

Neben der Möglichkeit, ein vertikal integriertes Unternehmen zu entflechten, kann ein Wholesale-Only-Anbieter direkt als ein solcher gegründet werden. Dies geschieht, indem bereits bei der Gründung eines Telekommunikationsunternehmens auf eine vertikale Integration verzichtet und das Tätigkeitsspektrum auf den Vorleistungsbereich fokussiert wird. In verschiedenen Mitgliedstaaten der Europäischen Union haben sich einige Unternehmen für diese strategische Ausrichtung entschieden (dazu I.). Der unionale Rechtsrahmen enthält für diese Unternehmen mit Art. 80 EKEK eine spezielle Regulierungsvorschrift für Unternehmen, die ausschließlich auf der Vorleistungsebene tätig sind, und privilegiert diese regulatorisch (dazu II.).

I. Beispiele für ausschließlich auf der Vorleistungsebene tätige Unternehmen

Um die nachfolgenden Darstellungen zu illustrieren, sollen zwei Fallbeispiele dargestellt werden. Hierbei handelt es sich um das schwedische Unternehmen AB Stokab (dazu 1.) und das deutsche Unternehmen GasLINE (dazu 2.). Beide Unternehmen konzentrieren ihr Tätigkeitsspektrum aus unterschiedlichen strategischen Erwägungen ausschließlich auf den Vorleistungsmarkt. Darüber hinaus ist auch das deutsche Kooperationsunter-

nehmen Glasfaser Nordwest GmbH als Wholesale-Only-Anbieter tätig.⁶⁰⁹ Es soll allerdings erst im Zusammenhang mit Kooperationen zur Beschleunigung des Glasfaserausbaus vertieft betrachtet werden (Kapitel 5, B. I.).

1. Kommunaler Glasfaserausbau durch AB Stokab in Stockholm

In der schwedischen Hauptstadt Stockholm sind drei große Unternehmen am Ausbau der Glasfaserinfrastruktur beteiligt.⁶¹⁰ Eines ist das Unternehmen AB Stokab, das 1994 von der Stadt Stockholm gegründet wurde und vollständig in deren Eigentum steht.⁶¹¹ AB Stokab ist ausschließlich auf der Vorleistungsebene tätig und erbringt keine Telekommunikationsdienste gegenüber dem Endkunden.⁶¹² Die Gesellschaft ist für den Ausbau, die Wartung und den Vertrieb ihres Telekommunikationsnetzes verantwortlich, das von über 100 Diensteanbietern im Stadtgebiet genutzt wird.⁶¹³ Im Jahr 2017 waren 93 Prozent der Haushalte⁶¹⁴ und 100 Prozent der Unternehmen in Stockholm mit Glasfaseranschlüssen versorgt.⁶¹⁵ Der Glasfaserausbau wurde bislang vollständig eigenwirtschaftlich und ohne die Inanspruchnahme von Fördermitteln finanziert.⁶¹⁶

Im Rahmen ökonomischer Untersuchungen wurden verschiedene Komponenten für den Erfolg des Geschäftsmodells identifiziert. In Stockholm existiere ein klarer politischer Konsens darüber, dass nachhaltige Investitionen in Glasfaserinfrastruktur sozio-ökonomische Vorteile mit sich brin-

609 Sörries, N&R 2020, S. 161, 162.

610 Zum Wettbewerb der großen Unternehmen, die sich in Stockholm am Glasfaserausbau beteiligen, ausführlich *Godlovitch/Sörries/Gantumur*, A tale of five cities, S. 61 ff.; eine umfassende Case-Study über das Unternehmen führen durch *Godlovitch/Lemstra/Pennings u.a.*, Regulatory, in particular access, regimes for network investment models in Europe, S. 182 ff.

611 FTTH Council Europe, AB Stokab, S. 1; *Wernick/Queder/Strube Martins u.a.*, Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unterversorgter Gebiete, S. 33.

612 *Godlovitch/Sörries/Gantumur*, A tale of five cities, S. 13; *Wernick/Queder/Strube Martins u.a.*, Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unterversorgter Gebiete, S. 34.

613 FTTH Council Europe, AB Stokab, S. 1; *Wernick/Queder/Strube Martins u.a.*, Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unterversorgter Gebiete, S. 34.

614 Die hohe Versorgungsrate für Haushalte lässt sich auch damit begründen, dass etwa 90 Prozent der Bevölkerung in Mehrfamilienhäusern wohnen, vgl. hierzu FTTH Council Europe, AB Stokab, S. 1; vgl. zum Zahlenwert *Godlovitch/Sörries/Gantumur*, A tale of five cities, S. 15.

615 FTTH Council Europe, AB Stokab, S. 1.

616 FTTH Council Europe, AB Stokab, S. 2; *Wernick/Queder/Strube Martins u.a.*, Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unterversorgter Gebiete, S. 34.

gen.⁶¹⁷ Die Kommune als Eigentümerin kalkuliere mit langen Amortisierungszeiträumen für ihre Investitionen und plane langfristig, sodass ein schrittweiser und planvoller Ausbau möglich sei.⁶¹⁸ Durch die Existenz eines umfassenden Vorleistungsangebotes werden zudem die Investitionsbedingungen für alternative Infrastrukturanbieter verschlechtert, sodass wenig Wettbewerb im Netz bestehe und die Investitionen der Stokab AB unter erleichterten Bedingungen refinanzierbar seien.⁶¹⁹ Die hieraus folgende Marktmacht werde jedoch nicht zur Durchsetzung prohibitiver Preise genutzt.⁶²⁰ Das Unternehmen bekenne sich vielmehr klar zur Stellung als Wholesale-Only-Anbieter und sei bestrebt, das Netz größtmöglich auszulasten.⁶²¹

Fraglich ist, ob sich diese positiven Effekte auch bei einer Umsetzung des Konzeptes in Deutschland im Glasfaserausbau in der Fläche zeigen würden. Eine einfache Übertragung der Studienergebnisse ist jedenfalls nicht möglich, da sich der Ausbau der AB Stokab auf die schwedische Hauptstadt konzentriert. Im urbanen Umfeld stellt sich ein zentrales Problem des Glasfaserausbaus in der Fläche, nämlich die Notwendigkeit zur Überbrückung großer Distanzen und die begrenzten Amortisationsmöglichkeiten wegen weniger verfügbarer Haushalte, nicht in derselben Intensität. Dennoch wird an diesem Beispiel sichtbar, dass die Tätigkeit als Wholesale-Only-Anbieter unter bestimmten Voraussetzungen ein tragfähiges Geschäftsmodell ist.

2. Geschäftsmodell der Mitverlegung der deutschen GasLINE

Ein Beispiel für ein deutsches Unternehmen, das ausschließlich im Vorleistungsbereich tätig ist und keine Dienstleistungen für den Endkunden erbringt, ist die GasLINE Telekommunikationsnetzgesellschaft deutscher

617 *Godlovitch/Lemstra/Pennings u.a.*, Regulatory, in particular access, regimes for network investment models in Europe, S. 183 ff.; *Wernick/Queder/Strube Martins u.a.*, Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unterversorgter Gebiete, S. 34.

618 *Wernick/Queder/Strube Martins u.a.*, Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unterversorgter Gebiete, S. 34.

619 *Wernick/Queder/Strube Martins u.a.*, Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unterversorgter Gebiete, S. 34.

620 *Wernick/Queder/Strube Martins u.a.*, Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unterversorgter Gebiete, S. 34.

621 *Wernick/Queder/Strube Martins u.a.*, Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unterversorgter Gebiete, S. 34.

Gasversorgungsunternehmen mbH & Co. KG (GasLINE). Das Unternehmen wurde von verschiedenen Energieversorgungsunternehmen gegründet, die über ein bundesweites Gasversorgungsnetz verfügen. Gaspipelines werden etwa in einer Tiefe von einem Meter verlegt und verfügen beidseitig über einen etwa drei bis fünf Meter breiten Schutzstreifen.⁶²² In einer Entfernung von etwa zwei Metern zur Gaspipeline verlegt GasLINE Kabelschutzrohre, in die Glasfaserkabel eingeführt werden.⁶²³ Es werden somit Tiefbauarbeiten genutzt, um mehrere Infrastrukturen parallel zu verlegen. Das Unternehmen nutzt die Leerrohre und Baustellen der teilhabenden Gasversorgungsunternehmen, um ein deutschlandweites Telekommunikationsnetz zu errichten. Hierdurch werden hohe Synergieeffekte erzielt. Die Kabel werden Diensteanbietern für ihre Tätigkeit gegenüber dem Endkunden zur Verfügung gestellt.⁶²⁴ Für das Unternehmen stehen also diese Synergieeffekte im Vordergrund. Die Steigerung der Konnektivität ist dabei eine Nebenfolge. Ein Glasfaserausbau ohne Zusammenhang zum Ausbau von Gaspipelines liegt nicht im ursprünglichen Unternehmensinteresse.

II. Regulatorischer Umgang mit Wholesale-Only-Anbietern

Der unionale Rechtrahmen enthält in Art. 80 EKEK eine Vorschrift, die Vorgaben für den regulatorischen Umgang mit Unternehmen macht, die ausschließlich auf der Vorleistungsebene tätig sind. Die Vorschrift wurde im Rahmen der Novelle des unionalen Rechtsrahmens vollständig neu konzipiert und ist demnach noch in nationales Recht umzusetzen.

Regulierungsverpflichtungen können nur solchen Unternehmen auferlegt werden, die in einem Markt über beherrschende Stellung im Sinne des Art. 67 EKEK verfügen.⁶²⁵ Demnach stehen vor der Auswahl der geeigneten Regulierungsverpflichtung zunächst die Marktdefinition und -analyse. Auch diese Vorschrift ist mithin ausschließlich auf den Wettbewerbschutz ausgerichtet, nicht auf die Steigerung der Konnektivität. Der Gesetzgeber skizziert in den Erwägungsgründen zu dieser Norm, dass er davon ausgeht, dass ein umfassender Vorleistungswettbewerb auch positive

622 <https://www.gasline.de/netz/lwl-backbone/> (zuletzt abgerufen am 1.7.2020).

623 <https://www.gasline.de/netz/lwl-backbone/> (zuletzt abgerufen am 1.7.2020).

624 Siehe hierzu die Angaben des Unternehmens auf der eigenen Website, abrufbar unter <https://www.gasline.de/netz/> (zuletzt abgerufen am 1.7.2020).

625 *Kübling*, in: Ruffert (Hrsg.), *Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht*, § 4, Rn. 129.

Effekte für den Endkundenmarkt mit sich bringen kann.⁶²⁶ Hierdurch fügt sie sich in das zuvor skizzierte normative Umfeld ein (hierzu B. I. 1. a., C. III. 1.)

Der Unionsgesetzgeber knüpft strenge Voraussetzungen an die Feststellung, dass ein Unternehmen ausschließlich auf der Vorleistungsebene tätig ist.⁶²⁷ Es darf weder direkte noch indirekte Tätigkeiten auf dem Endkundenmarkt geben (Art. 80 Abs. 1 lit. a EKEK). Diese sehr enge Normierung führt dazu, dass für die Sonderregelungen nur ein sehr begrenzter Anwendungsbereich bleibt und nur eine geringe Anreizwirkung von ihr ausgeht.⁶²⁸ So führt etwa auch eine Beteiligung an einem Unternehmen, das Endkundendienste erbringt, dazu, dass die Tatbestandsvoraussetzungen der Vorgabe nicht erfüllt sind. Darüber hinaus darf auch keine Exklusivvereinbarung mit einem Unternehmen bestehen, das auf dem Endkundenmarkt tätig ist (Art. 80 Abs. 1 lit. b EKEK). Die strenge Interpretation einer Tätigkeit, die ausschließlich auf die Vorleistungsebene beschränkt ist, lässt sich darauf zurückführen, dass mit der Stellung als Wholesale-Only-Anbieter eine umfassende regulatorische Privilegierung einhergeht (A. III.). Diese wird wiederum mit den geringeren Diskriminierungsanreizen aufgrund der fehlenden vertikalen Integration gerechtfertigt.⁶²⁹ So dürfen gemäß Art. 80 Abs. 2 EKEK nur Verpflichtungen gemäß Art. 70 und Art. 73 EKEK auferlegt werden.

Fraglich ist, ob es insoweit überhaupt einer speziellen Regelung bedurft hätte.⁶³⁰ Die Regulierungsbehörden verfügen über ein Auswahlermessen hinsichtlich der Regulierungsverpflichtungen. Dies gestattet es ihnen, nur diejenigen Regulierungsverfügungen anzuwenden, die tatsächlich die spezifischen Gefahren für den Wettbewerb adressieren, die von einem Unternehmen ausgehen. Die Regulierungsbehörden hätten sich auch ohne eine explizite Normierung auf die aufgezählten regulatorischen Verpflichtungen beschränkt.⁶³¹

Während in Art. 70 EKEK die Nichtdiskriminierungsverpflichtung normiert ist, betrifft Art. 73 EKEK die Zugangsverpflichtung auf die Infrastruktur im Vorleistungsbereich. Der Fokus des regulatorischen Vorgehens

626 Erwägungsgrund 208 des EKEK; *Sörries*, N&R 2020, S. 161, 163.

627 *Kühling*, in: Ruffert (Hrsg.), Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht, § 4, Rn. 129; *Neumann*, N&R 2018, S. 204, 209.

628 Ebenfalls kritisch *Neumann*, N&R 2018, S. 204, 210.

629 Erwägungsgrund 205 des EKEK; *Sörries*, N&R 2020, S. 161, 163.

630 In dieser Hinsicht ebenfalls kritisch *Neumann*, N&R 2018, S. 204, 210.

631 Positiver argumentiert *Sörries*, N&R 2020, S. 161, 166, der davon ausgeht, dass die Vorschrift eine „angemessene Regulierung“ ermöglicht.

der zuständigen Behörde soll auf der Sicherstellung fairer Preise für Vorleistungsprodukte liegen.⁶³² Hierfür sind jedoch nur Teile der regulatorischen Handlungsoptionen geeignet, sodass das Maßnahmenportfolio bereits auf normativer Ebene eingeschränkt wird.⁶³³ Das Gesetz schreibt einen erhöhten Rechtfertigungsdruck für die nationalen Regulierungsbehörden vor, um die Angemessenheit der jeweiligen Regulierungsverfügung zu begründen. Sofern die Voraussetzungen des Art. 80 Abs. 1 EKEK nicht mehr erfüllt sind, stehen gemäß Art. 80 Abs. 3 EKEK wieder alle Regulierungsverfügungen der Art. 69 bis 74 EKEK zur Verfügung.⁶³⁴ Dies ist folgerichtig, da in diesem Fall die Grundlage der regulatorischen Privilegierung entfällt.

Die Regulierungsbehörden führen ein regelmäßiges Monitoring durch. Zudem bestehen für die Unternehmen Mitteilungspflichten, sofern sich die für Art. 80 Abs. 1 EKEK maßgeblichen Umstände ändern. Beeinträchtigt das Unternehmen die Endkundenmärkte, können ihm im Ausnahmefall gemäß Art. 80 Abs. 4 EKEK auch die übrigen Regulierungsverfügungen auferlegt werden, auch wenn es nicht auf den betreffenden Märkten tätig ist. Hierdurch wird der Regulierungsbehörde im Einzelfall die Möglichkeit dazu eröffnet, auch strengere Maßnahmen zu ergreifen. Durch die Flexibilität des Rechtsrahmens kann die Behörde, trotz der regulatorischen Privilegierung, effektiv gegen Gefahren für den Wettbewerb vorgehen. Stets sind gemäß Art. 80 Abs. 5 EKEK die Konsultations- und Konsolidierungsverfahren aus Art. 23, 32 und 33 EKEK durchzuführen.⁶³⁵

Die nationale Vorgabe in § 33 TKG-RefE ist weit kompakter konzipiert als das unionsrechtliche Pendant und wird voraussichtlich lediglich in zwei Absätze untergliedert werden.⁶³⁶ Dies wird mithilfe einer Konsolidierung und dem Verzicht auf deklaratorische Vorgaben des unionsrechtlichen Pendants erreicht. Die wesentlichen Inhalte der Vorgabe werden jedoch unionsrechtskonform in das nationale Recht übertragen werden.

632 *Kübling*, in: Ruffert (Hrsg.), Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht, § 4, Rn. 130.

633 Erwägungsgrund 205 des EKEK.

634 *Sörries*, N&R 2020, S. 161, 163.

635 *Kübling*, in: Ruffert (Hrsg.), Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht, § 4, Rn. 131.

636 Referentenentwurf des Telekommunikationsmodernisierungsgesetzes (TK-MoG), abrufbar unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/telekommunikationsmodernisierungsgesetz-referentenentwurf-20201612.pdf?__blob=publicationFile&v=8 (zuletzt abgerufen am 12.1.2021).

III. Zwischenergebnis und Ausblick

Unternehmen können sich von Beginn an strategisch so ausrichten, dass sie ausschließlich auf der Vorleistungsebene tätig werden. Der Unionsgesetzgeber hat in Art. 80 EKEK eine neue Norm geschaffen, um diese Unternehmen bei Bedarf ebenfalls regulieren zu können, zugleich aber dem reduzierten Missbrauchsrisiko durch eine umfassende Privilegierung gegenüber vertikal integrierten Unternehmen Rechnung zu tragen.⁶³⁷ Die Vorschrift ist ausschließlich auf den Schutz des Wettbewerbs ausgerichtet. Die Förderung der Konnektivität ist allenfalls eine bloße Nebenfolge.

Der Begriff des ausschließlich auf der Vorleistungsebene tätigen Unternehmens wird sehr eng interpretiert. Deswegen ist kritisch zu hinterfragen, ob von der Vorschrift überhaupt ein weitgehender Anreizeffekt ausgehen kann. Unternehmen, die in den Anwendungsbereich des Art. 80 EKEK fallen, können in der Regel nur einem reduzierten Spektrum regulatorischer Verpflichtungen unterworfen werden. Kritisch ist dazu anzumerken, dass dies auch bisher möglich gewesen wäre. Insoweit hätte es keiner neuen, aufgrund ihres Umfangs sehr komplexen, Vorschrift bedurft. Die notwendige Umsetzung in nationales Recht soll in Gestalt des § 33 TKG Ref-E erfolgen.⁶³⁸

Die regulatorische Privilegierung kann dazu beitragen, die Attraktivität der Gründung eines Wholesale-Only-Anbieters zu steigern. Aufgrund der hohen Anforderungen an die Entflechtungsintensität ist jedoch von einem vergleichsweise geringen Anreizeffekt auszugehen. Die Entscheidung zur Gründung als Wholesale-Only-Anbieter beruht, wie die Fallbeispiele erfolgreicher Unternehmen zeigen, in der Regel auf der strategischen Ausrichtung und dem Marktumfeld. Hierauf hat der Gesetzgeber nur begrenzte direkte Einflussmöglichkeiten. Die Norm fügt sich zwar insoweit in den skizzierten regulatorischen Rechtsrahmen ein. Da sie aber ohne einen erheblichen Mehrwert die Komplexität des Rechtsrahmens steigert, sollte der Unionsgesetzgeber erwägen, sie zu optimieren oder wieder zu entfernen.

637 Erwägungsgrund 205 des EKEK.

638 Referentenentwurf des Telekommunikationsmodernisierungsgesetzes (TK-MoG), abrufbar unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/telekommunikationsmodernisierungsgesetz-referentenentwurf-20201612.pdf?__blob=publicationFile&cv=8 (zuletzt abgerufen am 12.1.2021).

E. Optimierungsvorschläge außerhalb der regulatorischen Entflechtungsbestimmungen

Der regulatorische Rechtsrahmen für die Entflechtungsbestimmungen ist konsistent auf den Wettbewerbsschutz ausgerichtet und sollte nicht zur Förderung der Konnektivität erweitert werden.

Alternativ wurden verschiedene Anpassungsvorschläge außerhalb der regulatorischen Entflechtungsvorgaben entwickelt, um die Anzahl der Unternehmen, die sich für eine Tätigkeit als Wholesale-Only-Anbieter entscheiden, nachhaltig zu steigern.

Einer dieser Vorschläge ist die Optimierung des Förderrahmens.⁶³⁹ Die Kommunen können sich im Rahmen der Beantragung von Fördermitteln entweder für eine Wirtschaftlichkeitslückenförderung oder für das Betreibermodell entscheiden. Unter der Wirtschaftlichkeitslücke wird gemäß § 7 Abs. 1 des Entwurfes zum Graue-Flecken-Förderprogramm (GFFP-E)⁶⁴⁰ die „Differenz zwischen dem Barwert aller Erlöse und dem Barwert aller Kosten des Netzaufbaus und -betriebs“ verstanden. Die Fördersumme entspricht der Wirtschaftlichkeitslücke. Der GFFP-E setzt den Aufbau und Betrieb von Infrastruktur gemäß § 3 Abs. 1 lit. a in ein Alternativitätsverhältnis und steht einer Fördermittelvergabe an Wholesale-Only-Anbieter nicht entgegen.⁶⁴¹ Mithin können sich Wholesale-Only-Anbieter an Auswahlverfahren beteiligen und der Förderrechtsrahmen verhält sich hinsichtlich des Geschäftskonzeptes neutral. Beim Betreibermodell werden Fördermittel für den Aufbau einer Infrastruktur gewährt, die im Eigentum der Kommune bleibt und im Anschluss durch ein Unternehmen betrieben wird. In diesen Gebieten können Wholesale-Only-Anbieter lediglich Vorleistungsprodukte vertreiben. Betriebswirtschaftlich wäre dies jedoch nur eingeschränkt attraktiv, da das Geschäftsmodell von Wholesale-Only-Anbietern

639 *Wernick/Queder/Strube Martins u.a.*, Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unterversorgter Gebiete, S. 42.

640 Entwurf über eine Rahmenregelung der Bundesrepublik Deutschland zur Unterstützung des flächendeckenden Aufbaus von Gigabitnetzen in „grauen Flecken“ vom 22.5.2019, abrufbar unter https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/DG/breitbandfoerderung-gigabit-rahmenregelung.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen am 1.7.2020).

641 Kritisch zum vorherigen Förderrahmen *Wernick/Queder/Strube Martins u.a.*, Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unterversorgter Gebiete, S. 42.

maßgeblich dadurch bestimmt wird, dass die Telekommunikationsinfrastruktur in ihrem Eigentum ist.⁶⁴²

Vorgeschlagen wird daher, die Wahl des Betreibermodells auf solche Konstellationen zu beschränken, in denen sich kein Wholesale-Only-Anbieter am Auswahlverfahren beteiligt, der die Infrastruktur wirtschaftlicher betreiben kann.⁶⁴³ Eine solche Stufung ist im derzeitigen Förderrahmen zwar nicht vorgesehen, wäre jedoch denkbar. Damit könnte ein indirekter Anreiz für eine vertikale Desintegration gesetzt werden. Dies wäre vor dem Hintergrund zu befürworten, dass in den betreffenden Gebieten grundsätzlich keine parallele Infrastruktur ausgebaut wird und auf diese Weise zumindest auf der Diensteebene der Wettbewerb verbessert werden könnte. Während sich die Wettbewerbsbehörden passiv verhalten sollten, darf der Fördermittelgeber den Markt seinen Vorgaben entsprechend aktiv gestalten.

Im Übrigen wird diskutiert, die derzeitige Entgeltregulierung umzugestalten und den Regulierungsansatz umfassend abzuändern. Es soll von einer Regulierung, die an Preisen orientiert wird, auf ein System gewechselt werden, das das Infrastruktureigentum in den Vordergrund stellt. Solche Modelle seien im Wasserrecht erfolgreich getestet worden.⁶⁴⁴ Diese Maßnahme adressiert allerdings wiederum insbesondere marktmächtige Unternehmen. Für den Breitbandausbau in der Fläche sind jedoch auch Unternehmen von Relevanz, die nicht über Marktmacht verfügen und lediglich regional begrenzt tätig sind. Darüber hinaus wäre eine umfassende Umstrukturierung des Rechtsrahmens erforderlich, die angesichts der in tatsächlicher Hinsicht ungewissen Effektivität der Maßnahme im Infrastrukturausbau derzeit nicht vorgenommen werden sollte. Zuvor müsste ihre Effektivität mithilfe umfassender ökonomischer Studien nachgewiesen werden, welche die Ausbaurealität besser widerspiegeln als eine Greenfield-Analyse (A. I. 3.). Darüber hinaus müssten auch die Auswirkungen auf die übrigen Regulierungsziele evaluiert werden. In jedem Fall haben positive Erfahrungen aus der Wasserwirtschaft nur eingeschränkte Aussagekraft für den Telekommunikationssektor, da die Sektoren sehr hetero-

642 Hierzu im Ergebnis auch *Wernick/Queder/Strube Martins u.a.*, Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unterversorgter Gebiete, S. 42.

643 *Wernick/Queder/Strube Martins u.a.*, Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unterversorgter Gebiete, S. 42.

644 Weiterführend hierzu *Felten/Langer*, Structurally independent broadband infrastructure can solve perceived FTTH coverage issues, S. 21 f.

gen sind und zunächst ein umfassender Vergleich der Ausgangslage erforderlich wäre.⁶⁴⁵

Rein tatsächlich müssten zudem praxisfähige Open-Access-Plattformen und technische Lösungen forciert werden, die dazu beitragen, dass eine Tätigkeit als Wholesale-Only-Anbieter überhaupt technisch möglich und sinnvoll ist.⁶⁴⁶ Durch die Vielzahl der erforderlichen Vereinbarungen mit unterschiedlichen Diensteanbietern müssen die Prozesse weiterentwickelt, vereinfacht und standardisiert werden, um das Geschäftsmodell für mehr Unternehmen tragfähig zu machen. Dieser Handlungsbedarf betrifft jedoch eher die technische Abbildbarkeit des Geschäftsmodells auf Großhandelsebene und kann nur eingeschränkt über rechtliche Vorgaben gesteuert werden.

F. Fazit

Auf dem deutschen Telekommunikationsmarkt sind nur wenige Wholesale-Only-Anbieter aktiv, obgleich betriebswirtschaftlich sowohl Argumente für eine vertikal integrierte Unternehmensorganisation als auch für eine Tätigkeit als Wholesale-Only-Anbieter sprechen. Es wird vertreten, dass eine größere Präsenz von Wholesale-Only-Anbietern auf dem deutschen Telekommunikationsmarkt den Infrastrukturausbau beschleunigen würde. Bei den zugrunde liegenden Untersuchungen handelt es sich um Modellbetrachtungen, die verschiedene Annahmen voraussetzen, die in realen Ausbauszenarien nur selten gebündelt auftreten. Insoweit wären umfassende zusätzliche ökonomische Analysen erforderlich, welche die Ausbaurealität besser widerspiegeln.

Dennoch stellt sich insbesondere die Frage, ob der regulatorische Rechtsrahmen optimiert werden muss, um die Zahl der Wholesale-Only-Anbieter auf dem Telekommunikationsmarkt zu erhöhen. Dabei ist auffällig, dass die Vorgaben systematisch in das Marktregulierungsverfahren eingebettet sind und ausschließlich den Wettbewerbsschutz adressieren. Der Rechtsrahmen sieht keine Befugnisnormen vor, um vertikal integrierte Te-

645 Zur Übertragung von Erwägungen vom Energie- auf den Telekommunikationssektor bereits umfassend Kapitel 3, C. II. 1. b. cc. (1).

646 *Gries/Plückebaum/Strube Martins*, Kostentreiber für den Ausbau hochbitratiger Infrastrukturen, S. 55 f.; *Wernick/Queder/Strube Martins u.a.*, Gigabitnetze für Deutschland, S. 105 f.; *Wernick/Queder/Strube Martins u.a.*, Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unterversorgter Gebiete, S. 45 f.

lekkommunikationsunternehmen durch staatlichen Zwang so zu entflechten, dass Wholesale-Only-Anbieter entstehen. Dies ist aber ohnehin nicht der Zweck der Norm, die als ultima ratio konzipiert ist und sicherstellen soll, dass Unternehmen ihre marktbeherrschende Stellung nicht ausnutzen, um die Konkurrenz zu diskriminieren. Einen ähnlichen Ansatz verfolgt das Kartellrecht, das ausschließlich wettbewerbswidriges Verhalten unterbinden möchte und strukturelle Abhilfemaßnahmen vorsieht, sofern die Unternehmensstruktur in einem kausalen Zusammenhang zu dem wettbewerbsrechtswidrigen Verhalten steht. Die Entflechtungsintensität und die Zweckrichtung beider Regelungsmaterien zu erweitern, um den Infrastrukturausbau zu beschleunigen – wobei die tatsächliche Wirksamkeit noch nicht einmal gesichert ist –, wäre mit der Systematik der Gesetze und ihrem Telos nicht in Einklang zu bringen. Es müsste vielmehr eine neue Rechtsgrundlage geschaffen werden, die nicht an Marktmacht anknüpft. Dabei müsste insbesondere die Identifikation von Gebieten mit Netzausbaufizit im Vordergrund stehen. Während die Vereinbarkeit der Rechtsgrundlage mit den Grundrechten durch eine Orientierung an der Struktur des Art. 77 EKEK sichergestellt werden könnte, wäre dies bei ihrer Anwendung im Einzelfall aufgrund der hohen Eingriffsintensität deutlich komplexer. Je effektiver die Maßnahme und je weniger intensiv die Entflechtung wäre, desto eher ließe sich der Grundrechtseingriff rechtfertigen. Im Ergebnis dürfte dies jedoch eher nicht gelingen.

Die regulatorischen Vorgaben stehen einer freiwilligen Entflechtung und der Gründung eines Unternehmens als Wholesale-Only-Anbieter neutral gegenüber, honorieren aber das reduzierte Diskriminierungspotential durch regulatorische Privilegierungen. Dieses System ist konsistent und sollte nicht abgeändert werden. Außerhalb dieser Vorgaben ließe sich jedoch durch eine Optimierung der Fördermodelle die Attraktivität des Marktumfeldes für Wholesale-Only-Anbieter steigern. Die Rolle des Fördermittelgebers könnte insoweit aktiv und gestaltend sein. Wichtig ist es vor allen Dingen, Abläufe zu standardisieren und Plattformen zu etablieren, um ein attraktives Marktumfeld zu schaffen. Diese Handlungsansätze liegen jedoch außerhalb des regulatorischen Rechtsrahmens. Dieser sollte in keinem Fall mit ungewissem Ausgang für die übrigen Regulierungsziele umfassend angepasst werden, um die Konnektivität zu fördern.

Ein Allheilmittel für den Infrastrukturausbau ist eine verstärkte Marktpräsenz von Wholesale-Only-Anbietern also insgesamt nicht. Allerdings könnte eine stärkere Marktdurchmischung als Ziel in eine Gesamtstrategie zur Beschleunigung des Glasfaserausbaus einfließen. In jedem Fall handelt es sich aber lediglich um ein kleines Zahnrad im großen Getriebe potenti-

eller Handlungsoptionen auf dem Weg in die Gigabit-Gesellschaft. Die großen Herausforderungen blieben auch dann bestehen, wenn auf dem Telekommunikationsmarkt vermehrt Wholesale-Only-Anbieter aktiv wären. Um die Wirksamkeit dieser Handlungsoption überhaupt einschätzen zu können, wären jedoch vertiefte ökonomische Untersuchungen der positiven Effekte erforderlich.

